COMENTARIOS

AL

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

POR

D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO
Vocal de las Secciones 1.ª y 4.ª de la Comisión general de Codificación
y Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado,
con honores de Presidente de Sala del mismo Tribunal.

CON LA COLABORACIÓN DE VARIOS JURISCONSULTOS

Y UNA INTRODUCCIÓN DEL

EXCMO. SR. D. FRANCISCO DE CÁRDENAS

TOMO IX

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
á cargo de José M. Sardá
Ronda de Atocha, 15, centro.

1904



LIBRO CUARTO

De las obligaciones y contratos.

(Continuación.)

TÍTULO III

DEL CONTRATO SOBRE BIENES CON OCASIÓN DEL MATRIMONIO

INTRODUCCION

SECCIÓN I

IDEAS GENERALES Y SISTEMAS SOBRE DICHA MATERIA

La unión de dos seres por el matrimonio produce una nueva entidad, principio de una nueva familia. Esta nueva familia necesita medios de subsistencia. Los seres que la forman y los que hasta entonces velaron por ellos, han de preocuparse del modo de sostener esa nueva entidad y asegurar su vida en lo presente y en lo porvenir, con más ó menos modestia, con más ó menos esplendor, según los medios con que cada cual pueda contar.

No se trata solamente de poner eu manos de cada uno de los cónyuges una suma mayor ó menor de bienes para que tenga y disfrute cada cual aisladamento lo suyo. No se trata de dos individuos que hayan de vivir con independencia, de dos propiedades distintas, pertenecientes una al esposo, y á la esposa la otra. La vida en común exige una propiedad también común, algo que directamente sirva para atender á las múltiples é importantes necesidades de la nueva familia, algo distinto de la propiedad de cada uno de los individuos que se unen para el

mutuo auxilio de la vida, y la procreación y educación de la prole. La sociedad conyugal necesita para el cumplimiento de todos sus fines, medios especiales de vida, como los necesita cualquier otra sociedad, nunca tan importante y trascendental como aquélla, fuera ó aparte de la fortuna particular de los individuos que la constituyen.

Al lado, pues, de la propiedad individual de cada uno de los esposos, debe existir otra propiedad especial de la familia, personalidad nueva y distinta que se crea con fines especiales y con necesidades propias y relacionadas con el cumplimiento de esos fines.

Ahora bien: la sociedad conyugal está en principio constituída por dos seres; el marido y la mujer. Los bienes particulares de cada uno de ellos producen frutos. El trabajo y economía de ambos esposos debe proporcionar productos y tal vez nuevas adquisiciones, sin que sea fácil determinar la parte ó porción con que cada uno contribuye á tal fin. ¿Quién administra todos esos bienes? ¿á quién pertenecen los frutos? ¿cómo se reparten los productos del trabajo individual ó común? ¿de quién son esas nuevas adquisiciones? ¿cómo se atiende al pago de las deudas y gastos de interés común? ¿qué reglas, en fin, deben seguirse en todo lo relativo al patrimonio particular y familiar durante el matrimonio y después de su disolución? Se impone como necesario un régimen especial, una organización determinada en todos los casos, y lo primero, en la materia que vamos á examinar, es dar á conocer los sistemas hasta hoy practicados.

El régimen económico de la familia ó la organización del patrimonio familiar, se presenta como una cuestión importantísima que resolver. Claro es que el problema interesa en primer término á los mismos individuos que van á constituir la sociedad y á sus ascendientes; pero no cabe negar la importancia jurídica y social que encierra, y de aquí el interés del Estado para intervenir en todo lo relativo á la fijación de ese régimen, suministrando condiciones adecuadas al objeto, garantizando dentro de ciertos límites la libertad de estipulación, ó marcando y

desenvolviendo el sistema que considera más perfecto, ya en absoluto, ya como supletorio.

Ya en este punto, como en todos, y tal vez más que en otro alguno, el legislador no puede ni debe prescindir de las costumbres especiales de cada país, porque el régimen económico de la familia, siempre, en todos los pueblos y en todas las épocas, se presenta íntimamente relacionado con el modo de ser de la familia misma, y contrariar el régimen propio y natural de ese especial modo de ser, equivaldría á pretender destruir los moldes propios de la familia, su carácter típico y tradicional, lo más íntimo y esencial de cada región.

Las formas en que se nos presenta en la historia la organización del patrimonio familiar, dice el Sr. Azcárate en su «Ensayo sobre la historia de la propiedad y su estado actual en Europa», son tan varias como los modos de concebir el matrimonio. Donde la personalidad de la mujer desaparece al contraerlo, quedando por completo sometida al marido, éste adquiere la propiedad de aquélla; donde se estima que con el matrimonio nace una nueva personalidad que anula la individual de los contrayentes, surge el sistema de *comunidad absoluta;* donde se considera, por el contrario, que la unión conyugal, sin dar lugar al nacimiento de aquélla, deja la de los que la contraen tal como antes era, se mantiene el sistema de *separación;* donde, por último, se afirma la coexistencia de ambas personalidades, la matrimonial y la individual, se reconoce también la coexistencia de la propiedad de la sociedad y la de los miembros que la constituyen, y de aquí el régimen de *gananciales ó comunidad relativa.*

Á cuatro tipos principales pueden, pues, reducirse los sistemas seguidos para la organización del patrimonio familiar, pues no debe confundirse el sistema de comunidad absoluta entre los cónyuges con el de apropiación por el marido de todos los bienes de su mujer. Todos ellos subsisten, más ó menos puros ó modificados, en las legislaciones ó en las costumbres de los pueblos de Europa y América.

Examinaremos con brevedad cada uno de estos sistemas, para poder apreciar sus ventajas é inconvenientes.

I.—*Sistema que atribuye al marido el dominio de los bienes de la sociedad conyugal.*

En el sistema de apropiación por el marido de todos los bienes de la mujer, la personalidad de ésta desaparece al casarse, es absorbida por la de su marido; sus bienes, como un accesorio, pasan con ella á la propiedad del marido, quien queda como dueño de todo cuanto se lleve al matrimonio y durante él se adquiera: él es el administrador de todo, á él corresponden todos los derechos y sobre él pesan todas las obligaciones de la sociedad conyugal.

Modificado algo este sistema, perdiendo en parte su crudeza, puede reconocerse en la mujer la propiedad de sus vestidos y joyas, y la consideración de acreedora por el valor de los bienes que aportó.

Ese régimen es propio de una época primitiva en la historia de los pueblos, y es una consecuencia de la poca consideración que merecía la mujer, siempre sujeta á la autoridad del padre, del hermano, del marido ó de un tutor, é incapaz en un principio de tener propiedad. Aun modificado, revela una gran desconfianza en sus facultades, asignándole siempre un puesto secundario en la familia. Hoy no puede sostenerse que exista en ninguna de las legislaciones modernas, porque hasta en Inglaterra, cuyo derecho común admitía la adquisición por el marido de gran parte de los bienes de su mujer, se han dictado leyes nuevas que patrocinan la separación, y nunca ha imperado puro dicho sistema, que pugna con la moderna civilización.

Apenas puede señalarse alguna circunstancia recomendable á este régimen económico familiar. La unidad patrimonial ó reconcentración de todos los bienes del matrimonio en una sola mano y bajo una sola dirección, representa, sin duda, una garantía segura en las relaciones de la sociedad conyugal respecto á terceras personas; pero este resultado no es exclusivo de tal sistema, ni exige en modo alguno la anulación de la personali-

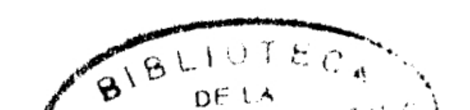
dad de la mujer. En realidad, este sistema favorece las uniones nacidas sólo por el interés y el egoísmo, abandona por completo los intereses de la mujer, autorizando un despojo injustísimo, convierte el matrimonio en un modo de adquirir, y, desconociendo la naturaleza propia de esta institución y la consideración debida á la esposa, pugna, como hemos dicho, con las leyes y costumbres de los pueblos modernos y con los principios de la civilización.

II.—*Sistema de separación de bienes.*

Parece nacido este sistema como una exagerada protesta contra el anterior, como un tributo rendido á la consideración que la mujer merece en el matrimonio y como un medio de fomentar las uniones nacidas sólo del amor y exentas de toda aspiración material é interesada.

Al contraer matrimonio el esposo y la esposa, sus personalidades coexisten, no desaparecen, y así como cada uno conserva sus cualidades buenas ó malas y su carácter propio, debe también conservar sus bienes con independencia, lo cual significa la separación racional de sus patrimonios respectivos. Cada cónyuge es el propietário, el usufructuario y el administrador de sus propios bienes, y los conserva con sus frutos y con el producto de su trabajo á la disolución del matrimonio. El marido sostiene las cargas de la sociedad conyugal, y presta ó no su licencia á la mujer. De ordinario, el caudal de ésta queda como un fondo de reserva, de naturaleza privilegiada, al que no alcanzan las responsabilidades por deudas de la sociedad.

Rige este sistema en Rusia, en Inglaterra y en algunas comarcas de Alemania, y es la base del régimen dotal romano aceptado en Cataluña, si bien la separación no es absoluta, pues los frutos de los bienes de cada cónyuge, cuando no por la ley, por la costumbre, se destinan al sostenimiento de las cargas del matrimonio, reconocimiento implícito de la necesidad de una



propiedad común en la familia, ó de la imposibilidad de una absoluta separación.

Es claro que permaneciendo separados los bienes de los cónyuges, y conservando cada cual los suyos con independencia, nunca podrá decirse que este sistema favorece los matrimonios de conveniencia ó interés, siendo lógico que se realicen por puro afecto ó estimación. Es también evidente que al reconocer á la mujer el derecho de poseer un capital propio en el matrimonio, y aun de administrarle sin limitación alguna, se eleva su condición, se la dignifica, haciéndola igual al hombre y colocándola aun en situación más privilegiada. Es verdad, por último, que la mala administración del marido sólo compromete su fortuna propia, nunca la de su esposa, que siempre conservará lo suyo, y no podrá verse reducida á la indigencia por la torpeza, el abandono, el atrevimiento ó la desgracia del jefe de la sociedad conyugal.

Pero al lado de estas ventajas, es fácil señalar graves inconvenientes. El sistema de separación de bienes en el matrimonio significa la negación de la natural existencia y necesidad de una propiedad especial en la familia. Coexisten, es cierto, al casarse, las personalidades de los cónyuges; pero aun coexistiendo, nace una personalidad nueva que ha de cumplir determinados fines y necesita medios adecuados y especiales para cumplirlos. La sociedad conyugal no es simplemente la suma de dos individuos, es la base de una nueva familia, y representa una comunidad, en la que naturalmente existen fines comunes que no se compadecen con la absoluta separación.

En el matrimonio, como en la familia y en la sociedad, es necesaria una cabeza. La independencia de los bienes que este sistema admite, lleva consigo la independencia de las personas, porque cada uno obra según su voluntad, y esta voluntad no puede ser coartada cuando hay derecho para obrar. Esa absoluta separación envuelve independencia, falta de dirección y de armonía en una vida que debe ser común, no estando de acuerdo con la unión que debe existir en el matrimonio. El predomi-

nio del individuo produce males no menores que su completa anulación.

Además, la mujer no tiene estímulo alguno para interesarse en los asuntos de la comunidad, por lo que suele convertirse, sobre todo no habiendo hijos, en una compañera fría é indiferente, como dice Goyena. Cabe también que, á pesar de tener cuantiosos bienes la mujer, haya de reducirse á vivir modestamente con arreglo á los productos de los bienes ó del trabajo de un esposo delicado. Y si atendemos á los efectos del sistema con relación á terceras personas, existe de ordinario tal privilegio en favor de la mujer, que es natural cierto retraimiento, y la imposibilidad ó dificultad de conseguir el matrimonio determinadas ventajas ú obtener ganancias, á pesar de existir bienes y garantía sobrada en la mujer, por deberse únicamente contar para ello con la fortuna más ó menos reducida del marido, jefe de la sociedad de personas, no de bienes, que en tal sistema se forma.

Se dirá que pues no hay verdadera sociedad en cuanto á los bienes, cada cónyuge responderá privativamente de sus deudas especiales, debiendo los terceros contratar en su caso, no con la sociedad, sino con el individuo según sus medios de fortuna. Pero esto constituye una negación inconcebible de los fines comunes que debe realizar el matrimonio y de toda idea de unidad en la familia.

Si se exige la licencia del marido para que pueda la mujer adquirir, disponer y obligarse, se desnaturaliza el sistema anulando la independencia personal que se pregona, y si se declara innecesaria tal licencia, el marido queda degradado, no es jefe, ni ejerce autoridad ni atribución alguna dentro de su hogar; habrá dos personas y dos jefes, dos direcciones en el matrimonio, germen de desavenencias y conflictos en los muchos asuntos, que necesariamente existen en la familia, de interés común.

Plantea el Sr. Alonso Martínez (1) otra cuestión de impor-

(1) «El Código civil en su relación con las legislaciones forales.»

tancia relacionada con este régimen especial. Fácil es decir: cada cónyuge conserva lo suyo, dispone de lo suyo con independencia, y lo que es suyo lo retira á la disolución del matrimonio; pero hay algo en cierto modo común, producto del trabajo y del ahorro durante la sociedad: ¿Quién dispone de eso? ¿Á quién pertenece? ¿Cómo se divide?

«Si la fortuna de la sociedad conyugal, dice el Sr. Alonso Martínez, se compusiera exclusivamente de los bienes aportados por los cónyuges, comprendo que cada socio retirara su aportación social. Pero las más veces los que se casan no poseen nada, ó, si reciben algo de sus padres, es siempre poco, lo puramente necesario para sus especulaciones ó su industria. Con esta base se lanzan al trabajo, y, en fuerza de privaciones y sacrificios y acumulando economías, llegan al fin á hacer una fortuna igual ó superior á la de sus progenitores. Esta es, en tesis general, la historia de todas las familias, singularmente en la clase media y el pueblo. Ahora bien: vuelvo á preguntar: ¿quién dispone de este caudal conquistado por los cónyuges y sus hijos?»

Insistiremos en este inconveniente al tratar del sistema de gananciales, y de la pretensión en él de atender, para la distribución de las ganancias, al principio de proporcionalidad.

Descendiendo del terreno de los principios al de los hechos, hemos visto los inconvenientes del sistema de separación, y creemos suficiente lo expuesto para formar exacto juicio sobre el mismo.

III.—*Sistema de comunidad absoluta.*

En el sistema de comunidad absoluta, antítesis del anterior, la personalidad del marido y la de la mujer se funden en una sola, dando lugar al nacimiento de una personalidad nueva, representada por la sociedad conyugal. Todos los bienes aportados al matrimonio por los cónyuges ó adquiridos durante el mismo, forman una masa común y en común se disfrutan, dividiéndose por mitad á la disolución. Generalmente la administración co-

rresponde al marido, como jefe de la familia, y para poder disponer se exige el consentimiento de ambos esposos.

Este sistema era el admitido en Portugal al publicarse el Código civil, y aun subsiste en dicho país como supletorio á falta de estipulación expresa de los cónyuges. También es el preferido en Holanda; era el seguido, con arreglo al Fuero del Baylío, en algunos pueblos de Extremadura, y rige en Vizcaya cuando existen hijos.

Este sistema es el ideal en el matrimonio, el que más se conforma con la naturaleza y los fines de esta santa institución. El hombre y la mujer, desde que se casan, ya no son dos, sino uno solo, porque lo que Dios unió el hombre no lo puede desatar, según frases del Evangelio. Hay que ver en el matrimonio, como expresaba el Sr. Morales, representante de Navarra en el seno de la Comisión codificadora, la unión de dos personas que comparten durante toda su vida la felicidad y la desgracia, y confunden sus bienes en un acervo común; los cónyuges no deben distinguir de tuyo y mío, sino decir: «esto es nuestro».

Indudablemente, no puede menos de inspirar simpatías esta especial organización del patrimonio familiar, que de ordinario lleva consigo la idea de conservar la propiedad de cada familia en ella misma. Tiene, desde luego, la ventaja de unir los intereses del marido y de la mujer, estimulando su fomento y desarrollo. Nace una nueva personalidad, y ella, no individualmente ninguno de los seres que la forman, es la que se dedica á la conservación de la propiedad de la familia; ella es la que emprende negocios y contrata y responde de sus actos ante terceras personas. Existe unión de afectos, de destinos y de intereses, y nada más perfecto tratándose de seres desinteresados, inteligentes, modestos, prudentes y laboriosos.

Pero, por desgracia, los esposos no siempre reunen estas cualidades. Como dice el Sr. Alonso Martínez en su obra citada, «el hombre no es razón pura, ni está gobernado exclusivamente por las ideas; antes influyen poderosamente en su conducta los sentimientos, los intereses y las pasiones». Es lo cierto que la

unidad formada por el matrimonio no basta á anular la personalidad de cada uno de los cónyuges, y que en el sistema de comunidad absoluta el individuo desaparece ante la familia; las personas de los cónyuges y su propiedad individual quedan absorbidas por la nueva sociedad que se crea, el patrimonio entero de la familia queda por completo á merced de la buena ó mala administración del marido, y el interés ó la ambición pueden servir de estímulo á una unión, que debe fundarse preferentemente en el amor y en el cariño.

Y cuando al fin toda esa comunidad de intereses, ese acervo de bienes, permanece en los hijos, como ocurre en Vizcaya, el sistema queda purificado, y nada hay que oponer á semejante organización; pero si no existen descendientes, y los bienes se dividen por mitad entre un cónyuge y los herederos del otro, ¿cabe mayor injusticia que regalar á un pariente ó á un heredero más ó menos extraño, una fortuna mayor ó menor que procede de una familia distinta, ó es fruto del trabajo del cónyuge viudo? Fuerza es confesar que este último inconveniente se neutraliza ó anula, siguiéndose á la disolución del matrimonio reglas especiales de distribución de los bienes en armonía con su procedencia y con la equidad.

IV.—*Sistema de comunidad relativa.*

Es este un sistema mixto ó de armonía entre los dos anteriores, y admite diversas gradaciones respecto á los bienes que se comunican entre los esposos ó se destinan á la nueva entidad creada.

La forma más usual constituye el sistema de gananciales, que ha regido muchos siglos en Castilla, Navarra y Aragón, y se regula con más ó menos extensión en los Códigos de Guatemala, Méjico, Chile y otros de las Repúblicas del Sur de América.

Cada cónyuge conserva el dominio de los bienes que aporta al matrimonio. Los frutos de todos esos bienes se destinan á

sostener las cargas de la nueva sociedad. Los bienes adquiridos por esa sociedad, ya formada, bien con el trabajo ó industria de cada uno de los cónyuges, bien por título oneroso, son comunes. El marido es el administrador, como sér más fuerte, que puede mejor realizar los fines de la familia. El sobrante que pueda existir al disolverse el matrimonio sobre el importe del caudal privativo de cada cónyuge, y el de las deudas de la sociedad, se divide entre el marido y la mujer ó sus herederos, como ganancias, con completa igualdad.

Cabe también que las ganancias se dividan en proporción al capital aportado por los esposos, ó en dicha proporción las provenientes de la explotación de ese capital, y con igualdad absoluta las que procedan del trabajo ó industria de los cónyuges, como cabe que sólo se hagan comunes ó se destinen á la familia los frutos y el producto del trabajo, ó que entren todos ó parte de los bienes muebles en la comunidad, ó aun algunos inmuebles, ó sólo los presentes, ó que, existiendo durante el matrimonio separación más ó menos absoluta de bienes, se dividan ó distribuyan después las ganancias, ó que el cónyuge sobreviviente tenga derecho á percibir en la herencia del premuerto determinados bienes ó cantidad, etc., como veremos en la parte histórica.

En este sistema, sin desconocer la personalidad de cada uno de los esposos, se da la debida importancia á la nueva personalidad formada por el matrimonio; y así, al lado de la propiedad individual de los miembros que constituyen el nuevo organismo, se reconoce y afirma como necesaria la existencia de una propiedad en la familia, distinta y separada de aquélla y consagrada exclusivamente al cumplimiento de los fines comunes y especiales de la sociedad conyugal.

Evita este sistema todos los inconvenientes de los de apropiación por el marido y separación absoluta de bienes, y casi todos los de la comunidad absoluta, pero aun deja algún estímulo al interés, sobre todo si las ganancias se distribuyen con igualdad entre un cónyuge y los herederos del otro, pues así un

marido pobre, por ejemplo, puede llegar á adquirir cuantiosa ganancia procedente de los bienes de su mujer, ó los herederos de ésta pueden llevarse la mitad del fruto del trabajo de aquél. Además, de imperar este sistema, el derecho á disponer de los bienes comunes debe ser común, pues no hay razón para despreciar el consentimiento de la mujer en la disposición de aquello que la ley declara pertenecerle.

Sin embargo, los sistemas de comunidad relativa son muy variados, tocando á veces el límite del de separación ó el de la comunidad absoluta. No es en ellos de esencia la distribución de las ganancias. Se caracterizan principalmente por la coexistencia de bienes privativos de cada cónyuge y de bienes comunes. Así es, que cada uno determinado tiene sus peculiares ventajas é inconvenientes. En la parte histórica examinaremos algunos. Después nos ocuparemos especialmente del régimen dotal y del de gananciales.

*
* *

Ahora bien: es lo natural que las leyes de cada país patrocinen y reglamenten el sistema especial de organización del patrimonio de la familia, admitido ya por las costumbres, y así ha venido haciéndose, por regla general, hasta los tiempos modernos, ó en determinados pueblos hasta los últimos tiempos de su historia. La ley, en tales casos, se limita á traducir y perfeccionar, fijando límites é impidiendo abusos.

Pero ya en los tiempos modernos, en las costumbres tradicionales de cada pueblo ó región, van infiltrándose otras distintas, propias de países más ó menos apartados, y conocidas y apreciadas mediante la facilidad de las comunicaciones y la difusión de los conocimientos y adelantos de la humanidad.

Como hemos dicho antes, todo lo relativo al régimen económico de la familia, interesa en primer término á la familia misma, á los futuros esposos y á sus padres, y ellos pueden estimar conveniente en determinados casos y con miras especiales,

alterar en puntos más ó menos esenciales el sistema admitido por la costumbre general del país. Esto, unido á las corrientes de libertad de los tiempos modernos, al predominio de los derechos del individuo, á las nuevas teorías sobre la misión del Estado en la esfera civil, y al poder incontrastable de las leyes del progreso, condujo al fin á la admisión de un principio que ya había sido aceptado y puesto en práctica en algunos pueblos de la antigüedad, por ejemplo, en Egipto: el principio de libertad de estipulación en todo lo relativo á la organización del patrimonio familiar.

Aquí el Estado sólo ha de procurar que no se ofenda á la moral ni á las buenas costumbres y que se respete la ley. Los cónyuges y sus ascendientes, teniendo en cuenta la fortuna de cada interesado, sus cualidades ó condiciones especiales, y otra porción de circunstancias que no puede apreciar debidamente ni bajo estrechos moldes el legislador, fijan el régimen económico de la sociedad conyugal que se va á constituir con toda la claridad y profusión de detalles que deseen, y sólo para el caso de que tal estipulación no exista, de que nada se establezca sobre tan importante materia, la ley señala un régimen supletorio acomodado á los usos y costumbres propios de cada región ó país, y á sus antecedentes históricos, siempre en armonía con dichas costumbres y usos.

Todas las legislaciones propenden á esta solución, que es sin duda la más justa, la más conveniente y la más propia en la materia importantísima á que se aplica.

SECCIÓN II

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA ORGANIZACIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR.

I.—En pueblos y naciones de la antigüedad.

A. *Pueblos antiguos.*—El régimen económico de la familia ha seguido las vicisitudes de ésta en todos los pueblos y en todas las épocas de la historia.

Ya sabemos que á la propiedad de la tribu sucedió generalmente la propiedad de la familia, propiedad que se conservaba en ella, siendo usufructuada por sus individuos y administrada por el jefe. La mujer, al casarse, salía de una familia y entraba en otra, pasando á formar parte de la familia de su marido, y dentro de ella, era un individuo más, sin otras facultades ni atribuciones que la de disfrutar con los demás de la propiedad familiar.

Disgrégase más tarde la primitiva familia, separándose cada hijo al casarse para constituir una sociedad nueva, con su propiedad especial y común, pero con su carácter propio, con su jefatura única y su principio de autoridad y disfrute en común.

Inútil es buscar una propiedad separada y exclusiva de la mujer en aquellos tiempos primitivos en que la mujer misma era considerada como una cosa, cuyo dominio pasaba del poder del padre al poder del marido; lógico era que sus bienes, cuando llegó á tener algo propio, pasasen también como un accesorio á manos de sus dueños.

Cabe que en esa transmisión ó en ese acto de entrega de la mujer al marido, medie ó no precio en metálico, ó equivalente en armas, caballos, ganado ú otros objetos; pero esto no influye en el régimen patrimonial de la familia, porque ese precio ó equivalente se entrega por el marido al padre, y éste lo hace suyo.

Si la mujer, cuando ya fué capaz de heredar y de poseer algo, aporta algunos bienes al matrimonio, pasan á ser propiedad del marido, quien resulta ser el dueño y el administrador único é indiscutible de todos los medios económicos de la nueva personalidad que se crea, si bien con la obligación de sostener todas las cargas, ó lo que es lo mismo, con el derecho de disfrute por todos los individuos que constituyen la familia.

Ejemplo son de esta verdad las leyes y costumbres antiguas de los indios, los chinos, los hebreos, los persas, los romanos y aun los pueblos de procedencia germana.

Parecen una excepción de esta regla Egipto y la Asiria. Pero tratándose de pueblos cuya historia abarca muchos siglos, no es

difícil que exista cierta confusión, suponiendo como primitivas ó antiguas ciertas costumbres que tal vez sólo corresponden á épocas más recientes.

En Egipto encontramos las huellas de un matrimonio llamado servil, en el que la mujer, como esclava, pasaba con cuanto le pertenecía al poder de su marido; y al lado de ese régimen especial, quizás muestra de un sistema antiguo y desacreditado, aplicable ya solamente entre determinadas clases inferiores, vemos otra organización de la familia completamente distinta, basada en la más absoluta separación de bienes: la mujer aparece como dueña y administradora exclusiva de su propiedad, contratando por sí sola, aun siendo casada, sin intervención ni licencia alguna de su marido; llegando esta absoluta libertad á tal extremo de abuso, que hubo necesidad de limitarla, exigiendo como necesaria la autorización marital para la celebración de toda clase de actos y contratos por mujer casada.

Al mismo tiempo se nos habla de un sistema de copropiedad familiar entre los cónyuges y los hijos, en el que todo pertenece á la comunidad, siendo necesario el consentimiento de todos los miembros de esa sociedad para poder disponer de los bienes á ella pertenecientes; y vemos también que los esposos debían siempre aportar algo al matrimonio, y que la mujer que no llevaba dote no podía aspirar á la condición de mujer legítima, siendo considerada como concubina.

¿Cómo conciliar esta amalgama de sistemas en lo relativo al patrimonio familiar? No es raro que coexistiesen ya en cierta época, como coexisten aún hoy en Alemania; pero indudablemente no nacieron todos á la vez, ni en orden inverso al de los demás pueblos de la antigüedad. Para nosotros es lo más verosímil que en los primeros tiempos de la historia de Egipto, y lo mismo de la Asiria y Caldea, el sistema seguido debía ser únicamente el de apropiación por el marido de los bienes de su mujer, no precisamente como marido, sino como jefe de la familia, que tenia su propiedad especial, saliendo la esposa de la familia de su padre para entrar en la de su marido. Así lo justifica el

puesto que se asigna á la propiedad familiar en la historia de todos los pueblos, la extensión del poder paterno en esa época y la escasa consideración que, en general, se atribuía á la mujer.

Ya en épocas posteriores, y en virtud de múltiples causas, debió irse poco á poco modificando este sistema y elevándose la condición de la mujer, y cupo entonces, mediante el reconocimiento y desarrollo de la propiedad individual, la idea de un capital privativo de la esposa, y pudo nacer el régimen de copropiedad familiar con derecho igual para todos sus miembros y necesidad del consentimiento de la mujer para enajenar, y más tarde el sistema de separación, que evidentemente corresponde á una época más moderna.

Y después de esto viene la admisión de las capitulaciones matrimoniales entre los esposos, con plena libertad para estipular cuanto quisiesen en lo relativo al régimen económico de la familia; y ya mediante esas capitulaciones, se explica la existencia de diversos sistemas, y sobre todo la facultad de administrar la mujer sus bienes con completa independencia, y aun tal vez los de la sociedad conyugal, y la de poder contratar y aun disponer sin licencia de su marido, llegando el abuso hasta el extremo de tener que exigir esa licencia como indispensable, no obstante la libertad concedida á la estipulación en las capitulaciones matrimoniales.

Fuera de estos pueblos, como hemos dicho, lo mismo en la India que en la China, é igual en la Persia que en Judea, el marido aparece como dueño y administrador de cuanto la mujar llevaba al matrimonio.

B. *Grecia.*—No constituye el pueblo griego una excepción en lo relativo al régimen económico de la familia. Sin duda, el sistema primitivo era el mismo antes indicado.

En Esparta, las mujeres, con arreglo á las disposiciones de Licurgo, ni heredaban ni aportaban dote; más tarde se introdujo ésta, que ya estaba admitida en Atenas, y pudo tener la mujer bienes propios.

La esposa legítima llevaba, pues, dote; pero hasta las re-

formas de Solón el marido hacía suyos los bienes dotales, y sólo desde dicha época, y por virtud de las expresadas reformas, adquirió la mujer el derecho de recobrarlos ó pedir su restitución. La falta de dote relegaba á la mujer á la condición de concubina.

Es característica en el pueblo griego la institución de la tutela, á que en todo caso había de estar sometida la mujer. Los padres, los hermanos, los abuelos, los colaterales, y hasta el Estado, como tutores, tenían la obligación de dotar á sus pupilas. La dote ayudaba á sostener las cargas del matrimonio, pero el marido ó sus herederos tenían la obligación de restituir á la mujer ó á los suyos los bienes dotales ó un equivalente de los mismos al disolverse la sociedad conyugal, garantizándose esta restitución, pues, en suma, la mujer no era dueña de esos bienes, sino una acreedora privilegiada.

Aparte de la dote, podía tener la mujer bienes propios, asemejándose bastante el régimen económico familiar griego al que llegó á predominar entre los romanos antes de exagerarse los privilegios dotales.

C. *Roma.*—La legislación romana en esta materia, como en todas, es bastante más conocida que la de los otros pueblos de la antigüedad, y desde luego más importante, como fuente de muchas legislaciones modernas. El régimen dotal romano constituye un sistema especial, que tiene bastantes puntos de contacto con el de separación de bienes en el matrimonio, aunque evita muchos de los inconvenientes de éste, al no extremar las consecuencias del principio de separación. No llegó Roma, sino muy lentamente, á la implantación de este sistema, propio de una época bastante avanzada de su historia.

«Si se tiene en cuenta, dice el Sr. Azcárate en su citada obra, que la familia, en los primeros tiempos de Roma, es una sociedad religiosa y jurídica, es un verdadero Estado, cuya base es el poder, cuyo jefe y representante es el *pater familias*, el cual tiene *in manu* á la mujer, *in potestate* á los hijos, *in dominio* á los esclavos, etc., se comprenderá cómo sólo el *pater familias*, sólo

el que revestía este carácter augusto, que sobresale en el derecho romano por encima de todas las demás instituciones, era el que tenía el *status familiæ*, esto es, la condición que, junto con la libertad y la ciudadanía, era precisa para la plena y completa capacidad jurídica, y, por lo mismo, sólo el *pater familias* podía ejercitarle respecto de la propiedad, la cual pertenecía realmente á la familia, pero era regida, sobre todo en las relaciones exteriores, por aquel que, por ser miembro de la ciudad, asumía el poder que de la misma se derivaba. De aquí, como consecuencia llana, que en los primeros tiempos, cuando se contraía matrimonio por medio de una de las formas que producían la *manus*, el marido hacía suyo, por éste que luego se llamó modo universal de adquirir, todo cuanto á la mujer pertenecía, así como en aquellos tiempos no se comprendía siquiera la posibilidad de que ninguno de los miembros de la familia tuvieran una propiedad independiente.»

Es esto la repetición en Roma, aunque con cierta especialidad propia del carácter romano, de la manera de ser de la propiedad familiar en los primeros tiempos de la historia de todos los pueblos. Ni aun cabía hablar en un principio de bienes aportados por la mujer, porque no teniendo nada propio, nada aportaba: pasaba simplemente su persona de una familia á otra, y en la nueva, como en la antigua, ella y sus hijos y los esclavos estaban dedicados al trabajo, y recibían del jefe lo necesario para su alimentación.

Más tarde, el quebrantamiento de este rigor y la mayor consideración de la mujer, hicieron que ésta tuviese más derechos y el padre mayores obligaciones, y entonces, para fomentar los matrimonios, se impuso á los padres, á los agnados en su caso, y aun al Estado, tratándose de doncellas desvalidas, la obligación de entregar al marido cierta cantidad ó determinados bienes para ayudar á sostener las cargas del matrimonio. Era simplemente una donación. Por lo demás, el marido la recibía como ayuda, y adquiría su propiedad sin obligación alguna de restituir. Esa donación es el origen de la dote.

Pero, aparte de esos bienes, los padres podían entregar otros á sus hijas al casarse, ó éstas adquirirlos después, ya como regalo, ya como herencia, y entonces, cumplida ya la obligación impuesta por la ley, esos otros bienes llegaron á constituir algo aparte que podía conservar para sí la mujer, hablándose con razón de bienes aportados y bienes exceptuados, aquéllos constitutivos de la primitiva dote romana, y éstos de los parafernales. Los bienes parafernales ó exceptuados debieron ser en un principio los objetos de uso exclusivo de la mujer, vestidos, joyas, efectos de tocador, etc.

Los bienes aportados, la primitiva dote, constituía, como hemos dicho, una donación, que hacía suya el esposo en compensación de sus obligaciones de alimentar y sobrellevar las cargas del matrimonio. Pero en caso de divorcio, pareció duro que el marido retuviese los bienes aportados, y de aquí la costumbre de estipular la devolución de dichos bienes mediante ciertas garantías: primero condicionalmente, para cuando ocurriese divorcio, y más tarde con más amplitud, para el caso de muerte. «La propiedad de los bienes, dice el Sr. Sánchez Román, pasaba al marido mediante la *mancipatio,* pero se incorporaba al acto una *nuncupatio,* que preparaba la restitución, constituyendo la *cautio rei uxoriæ.*» Por este medio se mitigaba el rigor del derecho civil. Y ya tenemos los elementos propios del régimen dotal: una donación que la mujer lleva al matrimonio y se entrega al marido para ayudar á sostener las cargas de la sociedad, pero con la obligación de devolverla ó de restituir su importe al tiempo de la disolución.

No se detuvo aquí la corriente iniciada en favor de la mujer. Podía el marido enajenar por sí solo los bienes dotales, que al fin eran suyos, pues la mujer sólo se consideraba como una acreedora, y para evitarlo se dictó en tiempo de Augusto la ley de *fundo dotali,* primera aplicable al suelo itálico, y más tarde á todo el Imperio, por la cual se prohibía en absoluto la hipoteca de las fincas de la mujer, y sólo con consentimiento de ésta se permitía su venta ó enajenación.

Prohibióse además que la mujer pudiese salir fiadora por su marido, ni renunciar en forma alguna los derechos que la ley le concedía con relación á la dote, y aun pareciendo todo esto insuficiente, Justiniano, en interés de los hijos, y procurando conservarles como intangible un capital propio, prohibió en absoluto la enajenación, aun con consentimiento de la mujer, de los bienes dotales.

«La mujer, dice Sánchez Román, con relación á la dote, pierde su antigua consideración de acreedora privilegiada, para convertirse en verdadera propietaria de aquélla, poseyendo además de las garantías de hipoteca y de privilegio, la acción reivindicatoria para reclamarla, y asimismo se transforman los derechos del marido en la dote, pues en vez de ser dueño de ella obligado á la restitución de su importe, se convierte en simple administrador responsable de bienes ajenos.»

Aparte los parafernales y la dote, pareció justo y decoroso que el marido llevase también al matrimonio cierta suma de bienes en compensación de la dote, y de aquí la existencia en Roma de la donación *propter nuptias*, ó contradote, debiendo procurarse que existiese la posible igualdad entre las aportaciones de ambos cónyuges.

D. *Pueblos celtas. Galia. Bretaña. Irlanda.*—Las costumbres de los pueblos celtas en los primeros tiempos de su historia, son análogas á las de todos los demás. «Las mujeres, afirma César Cantú, estaban en aquella servidumbre y nulidad que denota un estado social muy imperfecto. El marido tenía el derecho de vida y muerte sobre sus hijos y sobre su esposa.»

Más tarde aparece entre dichos pueblos un sistema especial de organización del patrimonio de la familia. La mujer aporta al matrimonio una especie de dote; el marido lleva en bienes un valor equivalente; «los productos y rentas del conjunto, dice Julio César, se ponían aparte y se conservaban». Es de suponer que en primer término se destinasen esos frutos á las atenciones de la sociedad conyugal. De todos modos, los bienes aportados por ambos esposos, y sus productos ó el sobrante de ellos,

habían de pasar, al disolverse por la muerte el matrimonio, al cónyuge sobreviviente.

Esta última solución ó destino de los bienes de la sociedad, se conserva en varios países, mediante el pacto llamado de supervivencia.

E. *Pueblos eslavos.*—Especialísimos caracteres presenta la propiedad entre los pueblos eslavos. Empieza por ser común, como es siempre la regla general, pero sostiénese este régimen á través de los siglos, hasta el punto de subsistir, aun hoy, multitud de ejemplos de la propiedad comunal de la familia, como afirma el Sr. Azcárate, en la Esclavonia, Croacia, Servia, Bosnia, Bulgaria, Rumanía, Herzegowina, Montenegro, y en general, en todos los países enclavados desde el Danubio hasta más allá de los Balkanes, habiendo desaparecido lenta y trabajosamente en Polonia, Bohemia y otras regiones.

La primitiva propiedad colectiva de todos los bienes se descompone, mediante el sistema de reparto entre las familias, en dos propiedades, ambas de carácter comunal: una que constituye el *mir,* propiedad de la tribu sobre los pastos y tierras arables, y otra de la gran familia ó asociación de familias *(druzina, zadruga),* en virtud de la cual, «la casa, con todas sus dependencias, el ganado, los instrumentos de labranza, los frutos de la tierra, el dinero que ellos producen, todo, constituye la propiedad colectiva de la familia, en términos de que ninguno de sus miembros podía hacer adquisición alguna sin el consentimiento expreso ó tácito de los demás, ni siquiera su propio jefe, el llamado *khoziaine.*» «Así se constituían esas verdaderas asociaciones de cultivadores, que lo poseían todo en común y que colocaban á su cabeza un jefe, el cual, quizás en los comienzos, fué siempre el *pater familias,* el ascendiente común, y que más tarde fué ya aquel á quien consideraban más apto para dirigir los negocios de la asociación. De ahí que, como no era la propiedad verdaderamente individual, y sí de la asociación, no teniendo el *khoziaine* otro carácter que el de administrador, en realidad no había sucesión hereditaria á la muerte de éste, sobre todo

por lo que se refiere á los bienes inmuebles.» (Azcárate: *Historia del derecho de propiedad.*)

Como se ve, en este sistema de comunidad no cabe hablar de aportaciones matrimoniales de la mujer, ni de bienes separados suyos, ni de nada, en suma, que revele algo de propiedad individual. La mujer entra en la comunidad, trabaja en común, disfruta como todos, y es, para todos los efectos, uno de los miembros de la familia á que pertenece.

F. *Pueblos germanos.*—La organización del patrimonio de la familia entre los varios pueblos que invadieron el imperio romano y destruyeron su inmenso poderío, ofrece un interés especial, porque más ó menos pura, más ó menos mezclada con el régimen dotal, es una de las principales bases de casi todas las modernas legislaciones.

Entre los germanos, la primitiva propiedad es colectiva; pertenece, como en todos los pueblos: primero, á la tribu; más tarde, á la familia. Individualízase la propiedad mueble, pero tarda mucho la inmueble en adquirir ese carácter; como que en un principio la tierra no se juzgaba pertenecer á nadie, y la tribu ó la familia poseían sus tiendas, sus caballos, sus arcos ó lanzas, ó instrumentos necesarios para la guerra ó la caza, sus pieles y vestiduras, y los alimentos necesarios para vivir. Cuando la tribu se establece en una región, dejando de ser nómada, se aprovechan por todos las tierras y los pastos que ocupan las familias, se constituyen en unidades separadas, que empiezan á tener su propiedad especial é inalienable; sustituye á la tienda la casa y algo anejo á la misma, y un jefe administra la propiedad común, cuyo disfrute es de todos los miembros de la comunidad.

Pero en esta comunidad no existen los férreos lazos de la primitiva familia romana. Existe una autoridad, pero representa la dirección, la administración, la protección; los individuos de la familia no son cosas, sino personas; la mujer es la compañera, no la esclava del hombre, y ella le ayuda en todas sus empresas y le acompaña en la guerra, y participa de los derechos de todos. El padre ejerce un poder llamado *mundium,* y al casar-

se la hija, ese poder se transmite al marido, mediante la entrega por éste al padre de cierta suma ó de determinados objetos, que representan el precio de la transmisión, y que en un principio tal vez consistiese en el *wergelòt* ó indemnización entregada por el raptor á la familia de la esposa.

Aparte de esto, á la mañana siguiente de la boda el esposo hacía á la esposa, como premio de su virginidad, una donación especial, consistente en dinero, joyas ú otros objetos muebles, que se denominaba *morgengave,* ó donación de la mañana.

Cuando la idea del *mundium* se debilita, el padre deja en poder de la hija la cantidad entregada por el marido como precio, y generalizada la costumbre, ese precio pasa siempre del esposo á la esposa, constituyendo la llamada *dote germana*, más tarde denominada *arras;* donación hecha por el marido á la mujer con motivo de la unión conyugal, y de la cual existe hoy un recuerdo en las 13 monedas que como arras se entregan real ó formulariamente en la ceremonia religiosa del matrimonio canónico. Esta dote se administra por el marido y se disfruta por la familia, pero su propiedad es de la mujer, que á su vez, al casarse, entrega un ligero presente á su esposo.

Por otra parte, el *morgengave* pierde también su primitivo carácter, se generaliza, se entrega siempre en premio de las buenas cualidades de la esposa, sea ó no virgen.

Estas donaciones consistían siempre en bienes muebles, joyas, vestidos, ganado, etc. A la propiedad colectiva de todo había sustituído la propiedad individual de algo. Los bienes de la colectividad familiar se llamaban bienes propios ó hereditarios, bienes que habían de permanecer siempre en la familia y eran inalienables; pero á su lado pudo tener algo, primero el padre, el jefe, y después los demás individuos, aquello que adquirían con independencia, fuera ó aparte de la propiedad familiar, bienes que se llamaron adquiridos, y de los que era dable disponer. Cuando estos bienes, que al principio eran siempre de naturaleza mueble, pudieron ser terrenos, la dote pudo consistir en bienes raíces.

Perdido el primitivo carácter del *morgengave* y de lo entregado como equivalente del *mundium*, resultaron dos donaciones entregadas por el esposo á la esposa, no siendo raro que se confundiesen en una sola con el nombre de *donarium*, *dotario*, *dos*, que hubo de sujetarse á tasa; y como compensación, tal vez por influjo de otras costumbres, tal vez como ampliación de aquel presente que la esposa hacía al esposo al casarse, los padres de la desposada entregaban á ésta al contraer matrimonio, aunque sin obligación alguna, cierta suma de bienes, que sólo tenía el carácter de un anticipo de legítima.

Ya hemos dicho que el marido administraba todo el caudal de la sociedad, no pudiendo la mujer manejar nada ni disponer de nada mientras subsistiese el matrimonio. Pero al disolverse éste por muerte del marido, la mujer tenía derecho á una parte de los bienes de aquél, una mitad, un tercio, una parte igual á la de cada hijo, etc.; derecho que en un principio se supone se constituía en virtud de pacto, pero que después existe siempre aunque no medie éste. Se trata, al parecer, de un simple derecho hereditario concedido exclusivamente á la mujer, y probablemente en usufructo cuando existían hijos, de un pacto especial de supervivencia, pero que no correspondía al marido, ni se concedía á los herederos de la mujer, sino sólo á ésta, si sobrevivía al disolverse la unión conyugal. Era tal vez un medio de realización, ó de dar vida y eficacia á la costumbre antigua en muchos pueblos germanos de hacer partícipe á la mujer, en más ó menos escala, de las ganancias obtenidas en el matrimonio, por contribuir á su adquisición como buena compañera, unida á su esposo, ayudándole y compartiendo con él sus azares y fatigas.

Respecto á los bienes de la dote, ya hemos dicho también que pertenecen á la mujer, y, por su muerte, á sus hijos. Pero si moría antes que el marido y sin hijos, las costumbres variaban entre los diversos pueblos germanos, y así, al paso que en algunos de ellos la propiedad de los bienes dotales pasaba en tal caso al marido, en otros pasaba á los herederos de la mujer, y,

según las Capitulares de los reyes francos, debían adjudicarse por mitad entre el marido y los herederos de la mujer.

El derecho de supervivencia concedido á la mujer, mezclado con la idea de deber ésta participar de las ganancias de la sociedad conyugal, y el derecho del marido de participar de los bienes de la dote al morir sin hijos la mujer, hace surgir la idea de una comunidad ó copropiedad entre los cónyuges y sus hijos. De aquí los derechos concedidos al marido en la herencia de su mujer, y á la mujer en la herencia de su marido, ó sea la participación concedida á cada cónyuge en los bienes propios ó peculiares del otro. Pero aparte de esos bienes, en un principio familiares, podían existir otros, como un exceso adquirido durante el matrimonio, como una ganancia hecha por la sociedad. ¿Qué destino dar á esos bienes ó ganancias? Pertenecían desde luego á los dos cónyuges; eran producto de los bienes de ambos ó de su trabajo, y lógica y natural fué la solución de adjudicarlos proporcionalmente en unos pueblos, ó con igualdad en otros, al esposo sobreviviente y á los herederos del premuerto.

Tal es el régimen económico familiar propio de los pueblos germanos. Sus diferencias con el romano saltan á la vista. Hay menos dureza, más expansión para los afectos de la familia, y así, con menos inteligencia y menor estrechez de miras, pero con más corazón, queda organizado un sistema especial más simpático é íntimo, que, á pesar de chocar con la superior concepción jurídica de los romanos y con las costumbres reinantes en todo el Imperio y patrocinadas por la Iglesia, no sólo no desapareció, sino que aun hoy impera en muchos países ó comparte con el sistema dotal romano su esfera de acción, quedando hondas manifestaciones y elementos en la legislación de la mayor parte de los pueblos de Europa y América.

Después de la invasión, los vencedores dejaron á los vencidos sus leyes especiales, y el roce constante de una y otra raza, de una y otra legislación, de unas y otras costumbres, acabó por determinar cierta mezcla ó fusión, admitiéndose entre los pueblos germanos la dote romana, no ciertamente por la superiori-

dad jurídica de Roma, sino más bien por la influencia de la Iglesia, que siempre consideró mejor ese sistema. Y se aceptó la dote romana sin exageraciones y sin grave quebranto del régimen económico familiar germano, sólo como una ampliación de la facultad de los padres de entregar determinados bienes á sus hijas al casarse, como anticipo de legítima ó participación hereditaria. Esta donación se hizo obligatoria, y el marido debía restituirla á la mujer ó á sus herederos, asegurando la devolución; pero los bienes dotales pudieron ser enajenados con consentimiento de ambos cónyuges, entre los cuales se prohibió toda donación durante el matrimonio, primero en absoluto, y luego con menos rigor, permitiéndose en ciertos casos ó con determinados efectos. Al lado de la dote romana, reducida á más justos límites, subsistió la germana, algo oscurecida, siendo considerada como una contradote. También se aceptó por varios pueblos la cuarta marital.

En cambio de estas concesiones, y por la natural tendencia á la identificación entre dos pueblos, siempre en contacto y cada vez más confundidos, el sistema dotal romano perdió su rigidez, y tendiendo á la confusión, afirmó la existencia de la donación *propter nuptias*, ó contradote, alteró el principio de la inalienabilidad de los bienes dotales y admitió en muchos puntos la comunidad de las ganancias ó el sistema de gananciales.

G. *Pueblos árabes.*—Entre los pueblos árabes el marido constituye la dote á favor de su esposa, pero no es necesario que se entregue toda antes de la celebración del matrimonio, pues cabe abonarla en diversos plazos, de los que el primero se abona antes de la unión, y los demás después. El matrimonio puede declararse nulo si no se realiza el pago, y decimos que puede, porque cabe que la mujer acepte la situación creada, conservando sus derechos de acreedora.

Para la cuantía de la dote se fija un mínimum, y de mutuo acuerdo se establece su importancia, los bienes en que ha de consistir y los plazos en que se debe entregar.

El marido costea todos los gastos de sus mujeres, hasta los

de menos importancia, sin que pueda obligar á cada una de ellas á que tenga una habitación común con las demás esposas ó concubinas, y al ser la mujer mayor de edad dispone de lo suyo con independencia, sin licencia de su esposo, en absoluto por título oneroso, y sólo de una tercera parte por título lucrativo, para no perjudicar los derechos hereditarios de su esposo y de sus hijos.

El régimen económico familiar aceptado es, pues, el de la separación, y la dote la constituye el esposo.

H. *Otros pueblos.*—Inútil es hablar de las costumbres de otros pueblos, y mucho más de las de los indígenas de Asia, África, América ú Oceanía. Podrá existir la monogamia ó la poligamia, ser la unión voluntaria ó producto del rapto ó de la compra; pero tratándose de pueblos salvajes, la condición de la mujer es siempre la misma. En las relaciones de los viajeros y en las historias más ó menos verídicas relacionadas con las costumbres de tales pueblos, existe una afirmación común, de la que no debe dudarse: la mujer es considerada como una cosa, como un objeto de propiedad, como un instrumento de placer. No cabe, pues, hablar de bienes propios de la mujer, ni de derechos de ésta; no cabe más sistema que el de apropiación, que es, como hemos afirmado repetidamente, el propio de todos los pueblos en los primeros tiempos de su historia.

***

No debemos entrar en detalles respecto á la suerte que cupo á cada legislación en los principales pueblos de Europa, siguiendo las vicisitudes del elemento romano ó del germano, principalmente, hasta nuestros días. En esta parte sólo puede interesarnos, en primer término, cuanto se refiere á nuestra patria, y después el sucinto examen de la materia en los Códigos extranjeros y legislaciones modernas, para compararlas con la nuestra y poder apreciar sus ventajas é inconvenientes, sus analogías y diferencias, en lo relativo á la organización del patrimonio familiar.

II.—En España, según su antigua legislación común y foral, hasta el Código civil.

Los pueblos germanos no conocían la dote romana. Como hemos dicho, entre ellos era el marido el que dotaba á la mujer. Sin embargo, cuando godos y romanos se unieron, desapareciendo la distinción de razas, tendieron á mezclarse sus costumbres, y dejó de imperar en sus relaciones jurídicas un elemento exclusivo.

Es un hecho que los visigodos aceptaron bien pronto en el régimen económico de la familia la idea de la dote romana, como aportación hecha por la mujer ó por sus padres en su nombre, para ayudar á sostener las cargas del matrimonio, si bien nunca le concedieron en los primeros tiempos gran importancia. Era una donación más, cuyas ventajas apreciaron con su buen instinto, y á cuya admisión contribuyó desde luego, no sólo el ser en sí beneficiosa y aun justa, sino la mezcla dicha de godos y romanos, y la influencia entonces predominante de la Iglesia, que estimaba el más conveniente el régimen dotal.

Sólo más tarde, al renacer los estudios del derecho romano, llegaron á la Península poderosas corrientes que influyeron en su legislación y amenazaron cambiar por completo las costumbres. Cataluña, como más próxima á Italia y al Mediodía de Francia, y más predispuesta al nuevo régimen, apenas opuso resistencia, y aceptó desde luego la dote romana. Navarra se dejó influir bastante. Pero en el resto de España triunfaron al fin las costumbres antiguas germanas, á pesar de la osada tentativa en contrario que llevó á cabo en Castilla Don Alfonso el Sabio con la publicación de las Partidas. La dote adquirió, no obstante, en todas partes mayor importancia por haberse desnaturalizado el principio germano relativo á la integridad del patrimonio familiar, y haber adquirido más importancia la propiedad mueble. Llegó, pues, la dote á anular casi por completo las arras del derecho germano, pero no se aceptó en general con

el exclusivismo privilegiado que en Roma, ni se admitieron todas sus consecuencias en lo relativo á la organización del patrimonio familiar. El sistema de comunidad más ó menos relativa, y sobre todo el de gananciales, sólo fué desechado en una gran parte de Cataluña.

Todo lo dicho prueba que, á partir de la fusión de godos y romanos, se inició una mezcla de instituciones diversas en las costumbres, acentuándose más y más con el transcurso del tiempo, y sin que quepa ya hablar del imperio absoluto del sistema de separación ó del sistema de comunidad, sino sólo de un sistema intermedio, mezclado, en que predomina el elemento romano sobre el germano ó viceversa. En casi toda España el elemento predominante fué el germano, como tendremos ocasión de observar.

Con los mismos resultados ó con resultados diferentes, el hecho que hemos procurado hacer notar, se repite en todos los pueblos á que alcanzó la invasión.

Dada esta idea general, veamos las vicisitudes porque atravesó la institución en las diversas regiones de la Península, sin perjuicio de señalar después en el comentario de cada artículo sus precedentes en el derecho común.

A. *Castilla.*—Cayó España en poder de los visigodos, y la raza vencedora quedó separada de la raza vencida, conservando cada una de ellas su peculiar legislación, recogida respectivamente en el Breviario de Aniano y en el Código de Eurico.

Permitida después la unión entre godos y romanos, publicóse como ley general el Fuero Juzgo en tiempo de Chindasvinto.

1.° *Fuero Juzgo.*—Es este Código espejo fiel de las leyes y costumbres visigodas antes de la invasión árabe. Varias de sus olvidadas disposiciones han sido aceptadas en nuestro moderno Código civil. Allí aparecen mezcladas leyes de diversas épocas en todas las materias del derecho, y allí se encuentra, en lo relativo al régimen económico de la familia, el sistema germano puro, como algo por completo separado é independiente de la legislación romana.

En el Fuero Juzgo aun aparece la dote, con el nombre de arras, como algo entregado por el marido, ó los ascendientes en su nombre, á los padres de la mujer, al adquirir esposa. La propiedad de las arras pertenecía, sin embargo, á la mujer, teniendo sus padres la administración y el usufructo, y debiendo restituirlas en los casos procedentes. Al faltar los padres recaía en sus herederos la obligación de restituir.

La dote ó arras no podía exceder de la décima parte de los bienes del esposo, y la mujer podía disponer de ella por testamento, reservando á sus hijos, si los tuviese, tres cuartas partes. Muerta sin hijos y sin testamento, la dote se devolvía al marido ó á sus más próximos parientes.

En el mismo cuerpo legal se regula la sociedad de gananciales, exigiéndose, como requisitos necesarios para ella, la celebración del matrimonio entre nobles ó godos, con intervención de autoridad pública y mediante dote. Empezaba la sociedad al realizarse la unión de los esposos, y se consideraban comunes y partibles entre los cónyuges en proporción á su capital respectivo, las ganancias obtenidas con el trabajo de cada cónyuge ó provenientes de los productos de sus bienes propios ó comunes.

Las adquisiciones particulares á título lucrativo, como herencias, legados ó donaciones, pertenecían exclusivamente al cónyuge adquirente, así como lo obtenido en la guerra. Resulta de esto la posibilidad de un caudal privativo de la esposa, y las leyes germanas no se oponían á que éstas dispusieran de ese caudal, siendo evidente que el marido debía respetarlo y que necesitaba el consentimiento de ella para representar, respecto á dichos bienes, su personalidad.

Al realizarse la fusión entre romanos y godos y permitirse el matrimonio entre ellos, fué admitida la dote como aportación de la mujer, al lado de la dote germana entregada por el marido.

2.º *Fueros Municipales. Fuero Viejo.*—Á consecuencia de la invasión árabe, de la constante lucha sostenida por los cristianos para recuperar el territorio perdido, y de la incesante conquista de villas y ciudades arrebatadas al poder musulmán, na-

ció un nuevo estado de derecho, cuyo carácter más visible es la variedad. Para atender á la repoblación del terreno; estimular á los moradores en su cuidado y defensa, así como para llenar de un modo más ó menos completo sus necesidades jurídicas, concedíanse determinados privilegios y aglomerábanse ciertas disposiciones legales, dando á cada pueblo conquistado un fuero especial nuevo ó idéntico al de otra población que ya lo disfrutaba con anterioridad. Los Fueros Municipales, con el Fuero Viejo y de los Fijos-dalgos, constituyeron hasta la época de Don Alfonso el Sabio las fuentes del derecho civil de Castilla. El Fuero Juzgo fué considerado como simple fuero municipal concedido á algunas ciudades ó aceptado por ellas, perdiendo su importancia de ley general por las especiales circunstancias de la época, y olvidándose cada vez más sus preceptos.

No obstante la multitud de Fueros y su aparente variedad, hay en la materia que nos ocupa un fondo casi idéntico de doctrina, por aceptarse en ellos en principio ó como base el régimen económico familiar de los visigodos.

Subsiste generalmente en las tierras de León y Castilla la dote germana, continuando con el nombre de *arras*, si bien donde regía como ley especial el Fuero Juzgo se admitía además la dote como aportación de la mujer.

La tasa de las arras fué muy variada, fijándose generalmente una cantidad como máximum, pero llegando algunos Fueros, como el de Nájera y el Fuero Viejo, á permitir al esposo la donación en tal concepto de la tercera parte de sus bienes, aparte de consentir, con tasa ó sin ella, otras liberalidades ó donaciones especiales con el nombre de *donadío*. Era condición necesaria para la efectividad de todas estas donaciones la celebración del matrimonio; sin embargo, una ley del Fuero Viejo otorgaba á la mujer derecho á la mitad de dichas donaciones cuando había mediado ósculo. Los útiles y efectos propios del ajuar de la mujer, con el nombre de *assubar* ó *ajovar,* correspondían á ella exclusivamente, según el mismo Fuero Viejo.

Por último, el sistema de gananciales subsiste en los prime-

ros siglos de la Reconquista, ya como especialidad de los matrimonios de la clase noble, en cuyo sentido se regula en el Fuero Viejo, ya como privilegio concedido en ciertos Fueros, bajo la base de ser partibles por mitad las ganancias entre un cónyuge y los herederos del otro, á diferencia de lo establecido en el Fuero de León, y en aquellos que tenían por ley el Fuero Juzgo, en los cuales seguía admitiéndose la división proporcional ó á prorrata del capital aportado por cada cónyuge. Dedúcese de la forma de aquellas concesiones que la división por mitad de los gananciales se introdujo como un estímulo para la clase noble y guerrera de las ciudades y villas, y como un privilegio especial contrario al derecho común, y así lo hace notar el señor Sánchez Román.

Aparte la regla general, existían por fuero ó costumbre en determinadas villas y lugares sistemas especiales de organización del patrimonio familiar. Al paso que en Córdoba las *costumbres holgazanas* no admitían la institución de los gananciales, en otras poblaciones el cónyuge sobreviviente hacía suyos, en virtud de pacto, la mitad ó una porción determinada de los bienes propios del premuerto, si no contraía segundas nupcias. El Fuero del Baylío admitía la comunidad absoluta de bienes entre los esposos, y en los de Cáceres, Cuenca y Plasencia, se sanciona el llamado *pacto de hermandad*, por virtud del que los cónyuges estipulaban que los bienes del que muriese primero pasasen en usufructo al sobreviviente, ó por toda su vida ó con determinadas condiciones.

3.º *Fuero Real.*—Las leyes del Fuero Real, que vinieron á ser algo así como un derecho común dentro de la anarquía legislativa de Castilla, formada de fueros y costumbres especiales, aceptan casi en su totalidad, en la materia que examinamos, la doctrina del Fuero Juzgo.

Nada se habla de bienes parafernales, ni de dote entregada por los padres de la mujer, pero se reconoce á ésta, al hablar de los gananciales, un capital propio, constituído por los bienes especialmente donados ó dejados á la misma.

Las arras, ó dote germana, se entregan por el esposo ó por sus padres, sin poder exceder de la décima parte de los bienes, y pertenece siempre á la mujer, si bien hasta cumplir la edad de veinte años la administraban sus padres, y á falta de éstos, sus hermanos, quienes tenían también el derecho de exigir en ese tiempo las arras prometidas.

Aparte de las arras, los esposos pueden hacerse donaciones. Mediando ósculo, y no celebrándose el matrimonio por muerte del marido, la mujer conserva la mitad de las donaciones que recibió del que debió ser su esposo, y devuelve el resto. En cuanto á las arras y á las donaciones hechas por la esposa al esposo, debían siempre ser devueltas, á menos de haber habido acceso carnal, en cuyo caso el donatario tenía el derecho de retener esas donaciones.

Por último, con toda claridad, y con aplicación á todos los matrimonios, y no como privilegio de ciertas clases, se establece la división por mitad de los gananciales, excluyendo las adquisiciones por título lucrativo particular y lo ganado por el marido en hueste, sirviendo al Rey ó á otro señor.

4.º *Partidas.*—La incontrastable influencia del derecho romano, considerado como la razón escrita, produjo en Castilla la publicación de las Partidas por Don Alfonso el Sabio, si bien no encontró la resonancia que en otros países ni logró arraigar por completo su doctrina.

Aparece el Código de las Partidas como una nota disonante en la legislación de Castilla, como algo exótico ó extraño que pretendía implantarse en un pueblo, cuyas costumbres y cuya historia pugnaba abiertamente con los preceptos de las leyes romanas, que tal vez mejores en absoluto, y desde luego preferibles, según la creencia del Rey Sabio, pero peores relativamente por no abonarlas circunstancia alguna de tiempo ni lugar, vienen á establecer un régimen económico familiar y unas relaciones personales entre padres é hijos, propias de una familia esencialmente distinta de la familia castellana.

Las arras pierden toda su importancia, ocupando un puesto

secundario al lado de la dote. Esta se entrega por la mujer ó por sus padres ó ascendientes, siendo obligatoria su constitución como una consecuencia de la patria potestad, atribuída irreflexivamente al bisabuelo ó al abuelo, aun habiendo padres, de modo que éstos en tanto debían dote á sus hijas, en cuanto con arreglo á los principios del derecho romano tuviesen sobre las mismas la patria potestad, y con ella, y por virtud de ella, mereciesen la consideración de herederos forzosos.

Se establece la distinción de la dote en estimada é inestimada, profecticia ó adventicia, considerándose en su caso como un anticipo de legítima. Se declara obligatoria la restitución de los bienes dotales inestimados, ó el pago de su importe ó equivalente en la dote estimada, asegurándose con hipoteca tácita general sobre los bienes del marido el cumplimiento de esta obligación, y en suma, se copia en este punto el derecho de Roma de la época de Justiniano, resultando la dote inestimada inalienable de hecho, y rodeada de privilegios la mujer contra el interés de la familia.

Se afirma y reglamenta la institución de los parafernales, como bienes pertenecientes á la mujer, fuera ó aparte de la dote.

Las arras se confunden con las donaciones *propter nuptias* de los romanos, considerándose como una contradote ó compensación de la dote, y aparte de ellas se habla de otras donaciones entre los esposos ó por razón del matrimonio.

Los frutos de la dote y de las arras y de las demás donaciones se consideran pertenecientes al marido, en atención á su deber de sostener todas las cargas del matrimonio.

Y sin embargo de todos estos preceptos, se alude en alguna que otra ley á los gananciales, ya queriendo que se respete el convenio que pueda haber mediado sobre ellos, ya disponiendo en algún caso su pérdida; pero siempre como si se tratase de una costumbre parcial y rara que no debía derogarse, pero que no valía la pena de que nadie se ocupase de su reglamentación, ó de un simple convenio ó estipulación excepcional.

A pesar de las Partidas, el sistema romano no llegó á prosperar en Castilla, pero adquirió alguna más importancia la dote, admitida ya anteriormente por la costumbre.

5.º *Leyes del Estilo.*—Algunas de estas leyes se dedicaron á la aclaración de preceptos más ó menos dudosos, relativos á donaciones por razón de matrimonio, responsabilidad de la mujer por deudas del marido y bienes gananciales.

Las más importantes son, sin duda, las relativas á considerar como gananciales todos los bienes cuya pertenencia privativa de alguno de los cónyuges no pudiera probarse, y á facultar al marido para la enajenación de esos bienes en caso de necesidad y sin propósito de damnificar á su mujer.

De estas leyes, y de la dictada en 1473 por Enrique IV en las Cortes de Nieva, declarando perdido el derecho de la mujer á su mitad de gananciales en caso de hacer vida licenciosa, dando la consideración de bienes privativos de los cónyuges á las adquisiciones hechas particularmente por cada uno de ellos á título lucrativo, y de bienes comunes á los frutos, y legislando sobre otros extremos, se deduce claramente que, á pesar de la publicación de las Partidas, siguieron considerándose vigentes y aplicables las leyes del Fuero Real.

6.º *Leyes de Toro.*—El Ordenamiento de Alcalá, y las Ordenanzas reales de Castilla, no contienen precepto alguno de que debamos ocuparnos. En cambio, las leyes de Toro establecen importantes disposiciones, inspiradas en el elemento genuinamente castellano y motivadas por las muchas dudas que suscitó la amalgama de preceptos oscuros y contradictorios que existían en nuestra patria.

Las leyes 14 y 15, 50 á 53, 60 y 61, contienen preceptos relativos á los bienes gananciales, á las arras y á otras donaciones, aparte la doctrina examinada en otro lugar sobre capacidad civil en general de la mujer casada y necesidad de la licencia del marido, objeto de las leyes 54 á 59.

La ley 53 determina que las dotes y donaciones *propter nuptias,* constituídas por los padres en favor de sus hijas é hijos, se

paguen con bienes gananciales, y caso de no haberlos, por mitad, con bienes propios de cada cónyuge.

Las leyes 50 á 52 tratan de las arras y donaciones hechas por el esposo á la esposa, recordando su tasa y prohibiendo renunciarla; disponiendo además que, en caso de morir la mujer sin hijos y sin testamento, las arras se entreguen á sus herederos y no al marido, y repitiendo la ley del Fuero Real relativa al caso de haber mediado ósculo entre los esposos ó acceso carnal, si bien ordena cuando el marido premuerto hubiese entregado arras y otras donaciones, que la esposa ó sus herederos no puedan retenerlo todo, sino escoger entre una ú otra clase de donaciones.

Las leyes 14 y 15 determinan que, una vez disuelto el matrimonio, puede el cónyuge sobreviviente disponer con libertad de los gananciales que le correspondan, aunque contraiga segundas nupcias, excluyendo esos bienes de la obligación de reservar; y que en caso de dejar algo en su testamento el marido á la mujer, se pague la manda aparte ó con bienes de él, sin incluirla como parte de sus gananciales.

Por último, las leyes 60 y 61 permiten á la mujer la renuncia de los bienes ganados durante el matrimonio, sin obligación en tal caso de pagar parte alguna de las deudas de su marido, y la prohiben salir fiadora por el mismo, aunque se alegue y pruebe que la deuda redundó en su utilidad.

7.º *Nueva y Novísima Recopilación.*—Aparte la inserción de las leyes del Estilo, Fuero Real y de Toro, que se estimaron vigentes, sólo encontramos en dichas colecciones legales en la materia que examinamos, una serie de disposiciones encaminadas á limitar la cuantía de las dotes y donaciones *propter nuptias* para que no pudiesen exceder del importe de la legítima corta del descendiente donatario, y á restringir las donaciones esponsalicias. Sigue admitiéndose el sistema de gananciales, se derogan las costumbres holgazanas cordobesas por las que se prescribía ese sistema, y se conserva la vigencia del Fuero del Baylío en algunos pueblos de Extremadura.

Un ilustre escritor, el Sr. Sánchez Román, hace el siguiente resumen de la legislación común vigente hasta los últimos tiempos:

«La familia española en Castilla, hasta la ley de Matrimonio civil y la publicación del Código, no ofrece un carácter simple y definido, sino una condición compleja y mixta en sus tendencias, informada por las corrientes opuestas del elemento romano y del germano, el primero sin la dureza de relaciones, absorción por el jefe y rigores de autoridad en éste de la primitiva familia romana, ni tampoco el segundo con aquella sencillez, sentido individual, mezclado con el gran principio de solidaridad familiar, y criterio de protección y tutela que caracterizaba la familia germana.»

«La *copropiedad* de la familia no existe entre los miembros de ella, sólo el padre es el propietario y puede disponer libremente por actos entre vivos de todo su patrimonio, y, sin embargo, no puede obrar con igual libertad por causa de muerte, porque á ello se oponen las *legítimas;* su mismo derecho de dominio varía según que se trate de sus propios bienes, ó de los dotales ó parafernales entregados por su mujer, de los cuales ó de su importe debe responder para su devolución en el momento oportuno: la mujer debe entregar la dote á su marido, y sin embargo, puede conservar ó no, según sea su voluntad, la administración de los parafernales; pero este derecho de administrar resulta muy atenuado, si se atiende á la necesidad, que para todos los actos tiene, de suplir su defecto de capacidad de obrar con el consentimiento del marido, ó la habilitación judicial subsidiaria; goza la mujer de iguales derechos que el marido, llegada la época de la división de los gananciales, y esto no obstante, sus derechos sucesorios en la herencia de aquél no pueden ser más mezquinos y postergados que lo son cuando han de anteponérsele hasta los colaterales del cuarto grado; de modo que siendo los gananciales cuantiosos, su suerte queda asegurada como miembro de aquella sociedad legal, y no existiendo gananciales podía aspirar, á lo sumo, al mermado recurso de la *cuarta marital* de la

viuda pobre ó á la liberalidad escasa, pero única posible, del quinto que el marido pudiera legarle, si tal fué su voluntad, existiendo descendencia.»

«Las mismas garantías que la mujer tiene para asegurar los créditos dotales y otras aportaciones matrimoniales, la deja en situación económica difícil, por su defecto de capacidad de obrar, unida á las condiciones exigidas para la enajenación y gravamen de esa clase de bienes.»

La ley del Matrimonio civil y la ley Hipotecaria modificaron ventajosamente este estado de derecho, concediendo á la madre la patria potestad sobre sus hijos, fijando su capacidad dentro de la familia, permitiendo con ciertas condiciones la enajenación de los bienes dotales, y sustituyendo con una hipoteca especial y expresa, la general y tácita que aseguraba la restitución de esos bienes.

En lo relativo al régimen económico familiar, no añadió nada importante la ley del Matrimonio civil, cuya esfera de acción, aunque íntimamente relacionada con la materia que nos ocupa, era distinta. Fué desde luego un evidente progreso en nuestra legislación civil, pero no alteró el sistema vigente sobre organización del patrimonio de la familia, ni tuvo por qué dictar reglas relativas á la dote, donaciones esponsalicias, ni gananciales.

No puede decirse lo mismo respecto á la ley Hipotecaria, que, á pesar de su carácter adjetivo, modificó en varios puntos nuestro derecho civil con motivo de la hipoteca legal concedida á la mujer casada por su dote y aportaciones, como puede verse en los artículos 168 al 193, todos importantes, que serán examinados en su lugar. Los bienes dotales pierden su carácter de inalienabilidad, y se trata de asegurar cumplidamenie los derechos de la mujer con relación á todas sus aportaciones. En su inmensa mayoría los preceptos de la ley Hipotecaria continúan vigentes.

B. *Cataluña.*—El derecho catalán se separa esencialmente del derecho castellano antiguo en lo relativo al régimen econó-

mico de la familia. Á partir de la invasión árabe, las corrientes jurídicas en Cataluña siguen un camino diametralmente opuesto que en el resto de la Península. El elemento germano fué transformándose lentamente en aquella región, y en cambio adquirió gran preponderancia el elemento romano. El derecho de Justiniano y el derecho canónico, que siempre fué favorable al mismo, forman casi exclusivamente en esta materia las fuentes de las disposiciones vigentes en Cataluña.

El examen del derecho catalán, siquiera dentro de los límites que en nuestra obra le corresponden, será objeto de nuestro estudio en los comentarios, para poder apreciar sus analogías ó diferencias con nuestro actual derecho común. Por otra parte, la exposición de las instituciones antiguas de dicho derecho viene á ser la misma que la de su derecho actual. Por este motivo basta en este lugar hacer ligeras investigaciones históricas y alguna indicación general.

Parece raro, dentro de nuestra patria y en un pueblo regido por leyes visigodas y de costumbres originariamente germanas, el casi total olvido de estas leyes y costumbres, y la infiltración y predominio casi absoluto del elemento romano. Sin embargo, dada la historia y situación del Principado, los hechos se explican naturalmente.

Cataluña estuvo durante cierto período bajo la dominación de los reyes francos, y ya desde entonces las costumbres hubieron de ofrecer alguna variación respecto á las de los castellanos y aragoneses, que continuaron puras, por no mezclarse con ellas elemento alguno extraño. Siguió rigiendo el Fuero Juzgo durante mucho tiempo, pero no respetándose su doctrina en fueros especiales, no pudiendo existir un verdadero derecho común en aquella época de constante lucha y variedad, y habiéndose creado nuevas costumbres, que eran las que verdaderamente suplieron á los Fueros Municipales, los preceptos de aquél quedaron de hecho relegados á un lugar secundario.

Aun al publicarse los Usatges, expresión de usos y costumbres de Cataluña, en 1068, el Fuero Juzgo se consideraba, al

menos en teoría, derecho supletorio. El usatge *Vidua* concede á la mujer la posesión y disfrute de todos los bienes de su difunto marido, con la obligación de alimentar á sus hijos y vivir honestamente. El usatge *Mariti uxore* dispone que, en caso de adulterio, pasen á poder del marido todos los bienes de su mujer. Pero nada más de importancia dicen los Usatges en la materia que examinamos. Falta, pues, algo que recordase de presente, con el imperio del Fuero, las leyes y costumbres visigodas. Y cuando Don Jaime I, en el siglo XIII, pretendió dotar á Cataluña de un derecho propio, independiente del godo y del romano, ya era tarde y no pudo conseguirlo.

Los señores eclesiásticos, de grande influencia en el Principado, propendían á la aplicación de aquel derecho, que habían contribuído á perfeccionar en Roma mediante la intervención de la Iglesia, y al que se hallaba ésta acostumbrada y miraba como el mejor. Los judíos, establecidos allí en gran número, se regían por los mismos principios. Había renacido el estudio del derecho romano, fundándose escuelas que se extendieron por el Norte de Italia y el Mediodía de Francia, donde los catalanes poseían algún territorio. Ese derecho se consideraba como la razón escrita, y llegó á implantarse en las comarcas meridionales francesas. Cataluña no pudo resistir su influjo; sus monarcas no pudieron, ni supieron, ni quisieron, en general, oponerse á esa corriente invasora, de la que no se libró en Castilla el Rey Sabio, y el Fuero Juzgo y las costumbres visigodas perdieron cada día más terreno, y acabaron, aparte algún que otro recuerdo, por desaparecer ó transformarse en armonía con las costumbres especiales de aquella región.

Á los Usatges sucedieron las Constituciones dadas por los Condes con las Cortes, pero á propuesta de aquéllos, y los Capítulos y Actos de Cortes, debidos á la iniciativa de éstas. Multiplicáronse estas disposiciones y pragmáticas y privilegios, y más tarde se formaron las Costumbres generales, nacidas de las dificultades en la aplicación de los Usatges y Constituciones, y las Costumbres ó *consuetudo* de carácter local, algunas aplica-

bles después, como el privilegio *Recognoverunt proceres*, á toda Cataluña. Y con esto, y las Bulas Apostólicas, y las Concordias, y las Sentencias reales y arbitrales, y las opiniones de los jurisconsultos, formóse el derecho especial de Cataluña, un derecho en el que era casi mayor el número de fuentes que las disposiciones de derecho civil en la materia que examinamos, limitadas en general, y salvo disposiciones tomadas del sistema germano y costumbres especiales, á lo expuesto, y á la concesión en favor de la mujer casada del privilegio de *opción dotal*, y en favor de la mujer viuda de los derechos de año de luto, y de *tenuta* ó retención de los bienes del marido hasta que se restituyese la dote, como sustitución del antiguo derecho general de usufructo viudal.

Este hecho se explica, sin embargo, porque detrás de esa amalgama de fuentes legales existía un cuerpo de derecho completo y respetado, el derecho romano. Si no existían disposiciones escritas especiales más completas, se debía indudablemente al hecho de haber arraigado en las costumbres el régimen dotal romano, para cuya regulación no había necesidad de dictar nuevos preceptos.

En una legislación tan pobre en disposiciones relativas al régimen económico de la familia, preciso era, en efecto, recurrir á otras leyes que regulasen tan importante materia en su parte más fundamental, y el decreto de Nueva Planta, de acuerdo con las costumbres, asignó ese carácter de derecho supletorio á la legislación romana, llamándosela Derecho civil, y esa legislación es la que rige en todo cuanto á dote y parafernales se refiere. De donde resulta que casi todo lo relativo á la organización del patrimonio familiar en Cataluña es fiel expresión de las leyes de Roma, que allí impera como base el régimen dotal, y que no se conocen los gananciales, admitiéndose sólo en el caso de que los futuros esposos lo estipulen así expresamente en sus capitulaciones matrimoniales: capitulaciones que, en las costumbres catalanas, son de uso frecuentísimo, y revisten, como después veremos, excepcional importancia.

No se crea, sin embargo, que en toda Cataluña rigen estos principios. Para que la variedad sea mayor y más trascendental en cuanto al estudio de la legislación catalana se refiere, en la Diócesis de Gerona se conoce una donación especial llamada *tamtundem*, que entrega el esposo á la esposa en compensación de la dote, existiendo algo análogo en el Valle de Arán; y en el Campo de Tarragona existe la sociedad de gananciales entre los esposos y sus padres, con el nombre de *acogimiento á compras y mejoras*, siendo también costumbre pactar ese régimen en Lérida, Tortosa y Valle de Arán.

C. *Islas Baleares (Mallorca).*—Poco hemos de decir de esta región, que estuvo en poder de los árabes, salvo un pequeño período en que se incorporó á Cataluña, hasta la época de Don Jaime el Conquistador.

Los Fueros concedidos por este monarca y sus sucesores, los usos y costumbres especiales de aquel territorio, y los Usatjes y Constituciones de Cataluña, forman las fuentes de su especial legislación civil, respetada por Felipe V en su decreto de Nueva Planta.

Es costumbre en Mallorca, como en Cataluña, el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, sin perjuicio de los derechos legitimarios de los descendientes.

El régimen económico de la familia es el de la separación de bienes. No existen, por regla general, bienes dotales, teniendo todos el carácter de parafernales, y pudiendo disponer libremente de ellos la mujer, por más que de hecho el marido los administra y percibe sus frutos para sostener las cargas del matrimonio. No se conocen tampoco los gananciales, rigiendo el principio de pertenecer al marido todos aquellos bienes cuya procedencia ó adquisición privativa por la mujer no se puede justificar.

Fúndase este régimen en las prácticas consuetudinarias de aquellas islas.

D. *Aragón*—La formación de este reino ofrece bastante analogía con la del reino de Castilla. Desde las abruptas sinuosida-

des de San Juan de la Peña tuvieron los aragoneses que ir conquistando el terreno palmo á palmo, como los leoneses y castellanos desde Covadonga.

El Fuero Juzgo debió seguir rigiendo las relaciones jurídicas en la primera época, si bien, como dice D. Andrés Blas, las nuevas necesidades exigieron otro derecho, formándose paulatinamente el derecho aragonés, consuetudinario al principio, como era natural en aquellos tiempos guerreros.

Como en Castilla, los Reyes concedieron fueros especiales á las villas y ciudades que iban agregando á la Corona, y estos fueros, unidos á las costumbres, constituyeron la legislación especial del país, cuyo derecho supletorio era el romano.

Don Jaime I ordenó en 1247 la compilación de estos fueros, aumentándose después su número por sus sucesores, y para evitar el desorden, la repetición de preceptos iguales y la inserción de leyes derogadas ó caídas en desuso, ordenaron las Cortes de Monzón una compilación nueva, que se publicó en 1547, y á la cual se han ido adicionando los fueros publicados con posterioridad, hasta el año 1702.

A su vez, el derecho consuetudinario vigente fué cuidadosamente recogido en otra obra, con el nombre de Observancias.

Sin duda Aragón sufrió como los demás países la influencia del renacimiento del derecho romano en la Edad Media, pero allí no logró arraigar. Don Jaime I, queriendo que el reino tuviese un derecho propio, prohibió la alegación de leyes canónicas y romanas como supletorias, y consiguió su objeto, porque, en rigor, en Aragón, á diferencia de Cataluña, tales leyes, ni eran necesarias ni se avenían con las costumbres del país. Los Fueros y Observancias contenían disposiciones bastante completas en lo relativo al derecho civil, y dentro de él, á las relaciones patrimoniales de la familia; y no necesitaban, como los Usatges y Constituciones de Cataluña, buscar en otra legislación extraña preceptos y elementos que encontraban en sí mismos y se adaptaban perfectamente al modo de ser de la familia aragonesa.

Esto no quiere decir que en absoluto se separe la doctrina del régimen económico de la familia en Aragón, del derecho romano. La idea de la dote, como aportación de la mujer, había sido aceptada por las costumbres lo mismo allí que en otras regiones. No hay que olvidar que godos y romanos llegaron á fundirse en un solo pueblo y que la dote romana era la patrocinada por la Iglesia.

El derecho especial de Aragón en todo lo relativo á la organización del patrimonio familiar, se contiene, pues, en sus Fueros y Observancias. Como derecho supletorio se aplica la legislación común.

La voluntad de los futuros cónyuges y de sus padres fija las condiciones de la sociedad conyugal, en las capitulaciones matrimoniales, con una libertad mayor que en otras regiones, puesto que sólo cabe respetar una legítima imaginaria.

Aparte esta libertad, y de ordinario por virtud de la misma, el régimen económico de la familia aragonesa, impuesto por la ley, á falta de estipulación expresa en contrario, se basa en el sistema de gananciales.

La dote romana, sin sus caracteres de rigidez y privilegios, y la dote germana, con el nombre de *axobar, firma ó aumento de dote,* forman, con alguna otra donación, las aportaciones y los bienes propios de la mujer, pues no se conocen los parafernales. No hay tasa en estas donaciones ni obligación de hacerlas.

El marido tiene también su capital propio en la sociedad conyugal, y constituyen los bienes de ésta todos los *bienes muebles* existentes en el matrimonio, los frutos de los inmuebles y las adquisiciones á título oneroso hechas por ambos cónyuges ó por cualquiera de ellos después de realizarse la unión.

Las ganancias se dividen por mitad, como en Castilla; pero el cónyuge sobreviviente tiene además el derecho de *viudedad foral,* por virtud del que disfruta durante su vida, mediante determinadas condiciones, todos los bienes inmuebles de la pertenencia del premuerto.

Hasta tanto que se proceda á la división de los bienes ga-

nanciales, las nuevas ganancias obtenidas después de la disolución del matrimonio con el fondo común, son partibles entre los interesados, pudiendo de este modo participar los herederos del cónyuge premuerto de los beneficios conseguidos por el sobreviviente en una segunda unión.

El marido dispone de sus bienes propios y de los de la sociedad; y la mujer, aun sin licencia de su esposo, dispone de los bienes inmuebles ó aportados como inmuebles al matrimonio, aunque la administración de ellos corresponda, como la de todos los demás, al marido. En ausencia de éste, ejercita ese derecho la mujer. La ley Hipotecaria vino á limitar la capacidad otorgada á la esposa por los Fueros para la enajenación de sus bienes dotales.

También se conoce en Aragón el *pacto de hermandad*, en el que la comunidad es más ó menos absoluta, y una llamada *sociedad familiar*, autorizada por la costumbre, en la que viven en común varias familias, y hacen comunes las ganancias que obtengan en la sociedad.

E. *Navarra.*—El reino de Navarra fuese formando poco á poco como el de Aragón y el de Castilla, pero su historia es más accidentada. Unidos los navarros á los francos en la primera época de sus constantes luchas, hubieron de sufrir la influencia de las leyes y costumbres de sus aliados, no pudiendo asegurarse que siguiera entre ellos en vigor el Fuero Juzgo. Unas veces constituyó Navarra una región independiente, otras fué agregada á Castilla y más duraderamente á Aragón, otras se incorporó á Francia, y últimamente se unió en definitiva á Castilla. De aquí la influencia de elementos distintos en su legislación y en sus costumbres, y que la organización del patrimonio familiar en Navarra sea una mezcla del derecho aragonés, el derecho romano y catalán y el derecho de Castilla.

Como en las demás regiones de la Península, fueron concediéndose en Navarra fueros especiales á cada villa ó ciudad conquistada, aumentándose su número considerablemente, y como allí, por la influencia francesa, el feudalismo imperó más que en

ningún otro punto de España, á los fueros de las villas se unieron los de la clase noble, y más tarde, cuando ya existía un reino formado, á pedimento de las Cortes sancionaron los Monarcas leyes ó preceptos de aplicación general, que continuaron dictándose hasta el año 1829, en que se celebraron las Cortes de Navarra.

El Fuero general, colección desordenada de fueros en prácticas, con el Amejoramiento del Rey Don Felipe, la Novísima Recopilación de leyes de Navarra, y los cuadernos de leyes posteriores agregados á la misma, constituyen las fuentes del derecho especial de aquella región, fuentes de muy difícil estudio, porque comprenden multitud de preceptos derogados por leyes posteriores, aumentando la dificultad la necesaria y preferente aplicación de las leyes de carácter general dictadas después del año 1839.

El régimen económico de la familia en Navarra armoniza el régimen dotal con el de gananciales y acepta con amplitud la viudedad foral de Aragón.

Las capitulaciones matrimoniales alcanzan también en Navarra gran importancia, si bien los interesados se limitan á hacer constar las aportaciones de cada cónyuge, interviniendo sus padres para hacer las donaciones procedentes á sus hijos, fijando sus condiciones que revisten excepcional trascendencia, por poder producir efectos para después de la muerte.

Como bienes aportados al matrimonio, encontramos en primer término la dote, pero una dote que pierde los caracteres de libertad propios del derecho aragonés, y está relacionada evidentemente con la institución dotal de Roma y Cataluña. La dote es obligatoria, y no pueden enajenarse los bienes inmuebles de abolengo incluídos en ella, ni por la mujer ni por el marido, á no prestar fianza suficiente. Son además frecuentes los pactos de reversión.

Aparte de la dote, los padres pueden hacer, tanto á sus hijos como á sus hijas, donaciones *propter nuptias,* que tienen bastante importancia, se relacionan como en Cataluña con la sucesión, y

regulan las relaciones ulteriores entre los padres y los hijos.

Se conocen también los bienes parafernales, como algo separado de la dote, si bien la mujer, como en Castilla, necesita para disponer de ellos la autorización marital.

El marido puede entregar arras cuando existe dote, fijándose para ellas como tasa la octava parte del importe de los bienes dotales. Las arras pertenecen á la mujer ó á sus herederos, como en el derecho de Castilla.

Los gananciales se conocen con el nombre de *conquistas,* y ofrecen los bienes comunes de la sociedad bastante analogía con el derecho aragonés, pero el cónyuge sobreviviente puede continuar la sociedad con los herederos del premuerto. Los bienes comunes ó gananciales no pueden ser enajenados por el marido, á no mediar el consentimiento de la mujer.

El cónyuge supérstite hereda en usufructo todos los bienes del cónyuge difunto, siompre que se cumplan determinadas condiciones, entre ellas, la de hacer un inventario exacto, para separar los bienes propios de cada causante, y si este inventario no se forma, al contraer el viudo ó viuda segundas nupcias, los hijos del primer matrimonio tienen derecho á una participación en las ganancias de la segunda unión, dividiéndose á la disolución de ésta los bienes conquistados, en tres porciones iguales, una para el cónyuge sobreviviente, otra para los herederos del premuerto, y otra para los hijos del primer matrimonio.

F. *Vizcaya.*—La unidad de la casería y la conservación ó reversión en su caso de los bienes raíces para la familia á que pertenecen, son los principios que informan la legislación vizcaína.

Vigente primero el Fuero Juzgo, fué poco á poco sustituyéndose por Costumbres especiales, hasta el año 1342, en que esas Costumbres se tradujeron en derecho escrito, formándose un pequeño Código, que después se llamó Fuero Antiguo.

El Fuero Antiguo llegó á ser insuficiente, y en 1526 se procedió á su reforma, publicándose un nuevo cuerpo legal, confirmado por el Emperador Don Carlos con el nombre de «Fueros,

privilegios, franquezas y libertades de los Caballeros hijos-dalgo del muy noble y muy leal Señorío de Vizcaya».

Rige este Fuero especial sólo en la tierra llana del antiguo Señorío y en la de infanzones.

Las capitulaciones matrimoniales son frecuentes en esta región, y aunque en ellas gozan los contrayentes bastante libertad, suelen ajustarse en su inmensa mayoría á un patrón único, fiel expresión de las leyes de ese Fuero y de las costumbres del país.

Los futuros contrayentes y sus padres fijan en ese contrato todo lo relativo al régimen económico de la nueva familia. La dote, las arras ó arreos y demás donaciones por razón de matrimonio tienen su destino especial, constituyen entre los esposos una comunidad de bienes, en la cual, aunque el marido es el administrador, no cabe disponer sin el consentimiento de ambos cónyuges. Los padres del hijo suelen encomendarle la dirección de la casería, haciéndole de ella donación, viviendo con los nuevos esposos ó reservándose cierta renta ó pensión. Todas las ganancias son comunes en el matrimonio, si bien de ellas puede disponer el esposo, bien para el pago de deudas comunes, bien sin ánimo de damnificar á su mujer.

Á la disolución del matrimonio, si quedan hijos ó descendientes de él, se hace un cuerpo con todos los bienes propios de cada cónyuge ó aportados por cada uno de ellos y con todas las ganancias obtenidas, y se divide el total por mitad, pudiendo seguir en sociedad. Si no quedan hijos ó descendientes, ó éstos mueren antes de poder testar ó sin testamento, los bienes raíces aportados al matrimonio se devuelven al tronco de su respectiva procedencia, con los edificios, plantaciones ó mejoras hechas en ellos, salvo en estos accesorios la obligación de pagar el adquirente la mitad de su valor; los bienes muebles privativos, digámoslo así, de cada cónyuge se retiran por su respectivo propietario ó sus herederos, y las ganancias se dividen por mitad, como en Castilla. En este caso, el cónyuge sobreviviente usufructúa durante un año la mitad de los bienes de su difunto

consorte, y habita la casería, pudiendo continuar la viuda en este usufructo hasta hallarse reintegrada en los derechos que le correspondan en el caso expuesto de no quedar hijos ó descendientes legítimos.

G. *Galicia.*—La legislación de Galicia es la legislación común. Presenta, sin embargo, aquella región dos instituciones especiales: los foros y la sociedad familiar gallega; ésta relacionada con la materia que nos ocupa, por cuyo motivo hacemos mención de ella en este lugar.

La sociedad familiar gallega existe establecida por la costumbre, y se constituye tácitamente, sin formalizar por escrito contrato alguno. No es sólo peculiar esta asociación familiar en Galicia, pues existe en otras regiones de España, como hemos dicho al ocuparnos de Aragón.

Se trata de una reunión de individuos de una misma familia. Son hijos casados que viven en compañía de sus padres, ó padres que viven en compañía de sus hijos, admitiendo en la sociedad algún hermano del padre ú otro pariente allegado. Viven en común, trabajando cada uno en la medida de sus fuerzas en interés de todos; aportan su más ó menos escasa fortuna y los productos de su industria, trabajo ó profesión, y parten con completa igualdad los beneficios, ó sufren con igualdad las pérdidas.

Esta costumbre se adapta perfectamente al modo de ser de la familia gallega, sobre todo en la clase pobre, que es allí la más abundante, y produce resultados beneficiosos, por lo que debe ser respetada y aun amparada por la ley.

SECCIÓN III

ESTADO ACTUAL DE LA ORGANIZACIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS

Aunque en el comentario de los artículos de nuestro Código nos ocuparemos de sus concordancias ó diferencias con los Có-

digos extranjeros más importantes, conduce á nuestro propósito hacer aquí una breve indicación del sistema ó régimen económico especial de la familia en las principales naciones de Europa y América, pues preceptos aislados, como son los que han de examinarse en el comentario, no pueden dar idea completa del espíritu general de las leyes de cada país en la materia si no se procede á un estudio difícil de enlace de unos preceptos con otros en los diferentes artículos, para deducir lo que, sin necesidad de tal trabajo, es deber nuestro consignar en este lugar.

Veamos, pues, bajo un aspecto general, la doctrina de las legislaciones extranjeras:

A. *Francia y Bélgica.*—Como en España, la mezcla de costumbres originó la mezcla de derecho. Confundidos francos y romanos, se alteró algo el régimen económico de la familia, propio de los pueblos germanos, infiltrándose poco á poco la dote en sus costumbres. Ya hemos dicho que la aceptación de la dote es un hecho general entre les pueblos que invadieron el Imperio romano y no conocían esa institución. La cuestión queda reducida en Francia, como en España, al más ó al menos, al predominio del elemento germano ó del elemento romano en sus costumbres y en su legislación.

En Francia influyó bastante el elemento romano, sobre todo en la época del renacimiento del estudio de este derecho, habiéndose creado escuelas especiales en París, Orleans y Montpellier. Esa influencia determinó una distinción bien marcada en las diversas regiones de la vecina república, según el régimen económico de la familia en cada una de ellas, dividiéndose en provincias de derecho escrito, donde imperaba el régimen dotal romano, y provincias de derecho consuetudinario, donde existía el sistema de comunidad más ó menos absoluta.

Al publicarse el Código de Napoleón no podía prescindirse de esta dualidad, y por esto dicho Código regula las relaciones jurídicas propias del régimen de comunidad y del régimen dotal; pero inspirándose en las corrientes del derecho moderno,

establece que la ley no rige la asociación conyugal en cuanto á los bienes, sino á falta de convenciones especiales que los esposos pueden hacer en la forma que juzguen oportuno, siempre qne no sean contrarias á las buenas costumbres. En estas convenciones, que han de constar necesariamente en documento público y otorgarse antes de la celebración del matrimonio, pueden los esposos expresar de un modo general que se casan bajo el régimen de comunidad ó bajo el régimen dotal, ó sin comunidad (comunidad limitada á la administración por el marido) ó con separación de bienes.

Dicho Código muestra, sin embargo, su predilección por el sistema de comunidad al determinar que en el caso de que los futuros cónyuges no establezcan el régimen económico que quieren aceptar, se entenderá contraído el matrimonio bajo la base del de comunidad, pudiendo, por tanto, producirse ésta de un modo convencional, ó sea por voluntad expresa de las partes, ó de un modo legal á falta de estipulación especial de los interesados. La comunidad legal comprende la de todos los bienes muebles presentes ó futuros, la de los inmuebles adquiridos durante el matrimonio y la de los frutos, rentas ó intereses de todo el caudal. El Código francés supone la división de los bienes comunes por mitad, pero las condiciones legales pueden ser modificadas por las partes, y el legislador regula ocho de estas modificaciones, que son las siguientes:

a) Que la comunidad comprenda sólo los gananciales.

b) Que se establezca entre los cónyuges á título universal.

c) Que abarque parte de los bienes inmuebles presentes ó futuros.

d) Que no formen parte de ella los bienes muebles, ó entren sólo en determinada porción.

e) Que la división se realice, al disolverse el matrimonio, proporcionalmente ó por partes desiguales.

f) Que el cónyuge sobreviviente tenga derecho á tomar en la herencia del premuerto cierta cantidad en efectos muebles, como exceso ó mejora.

g) Que los esposos paguen separadamente sus deudas respectivas anteriores al matrimonio.

h) Que en caso de renunciar la mujer á la comunidad, pueda recobrar los bienes que aportó exentos de toda responsabilidad.

En Bélgica rigen los mismos principios.

B. *Italia.*—Repítese en Italia el mismo fenómeno que hemos hecho notar en España y Francia. La dote germana, llamada *arras* en Castilla, recibe en Italia el nombre de *mefio,* subsiste el *morgengave,* y se practica el *faderfio,* ó dote entregada á la mujer por sus padres como anticipo de legítima y sin carácter alguno obligatorio. Existe la comunidad de bienes con más ó menos amplitud, y también el *dotario* ó *vidualizio,* como asignación especial de la esposa para atender á su sostenimiento en caso de viudez.

Al sufrir la influencia del derecho romano en la Edad Media, el *mefio* y el *morgengave,* ya confundidos en una sola donación, análoga á la donación *propter nuptias* romana, toma el nombre y el carácter de contradote, teniendo una existencia subordinada en cierto modo á la dote. Adquiere ésta, por las razones apuntadas en otro lugar, más importancia, y se establecen las prohibiciones de donar entre los cónyuges y otros preceptos propios del derecho romano, como el de la inalienabilidad de los bienes dotales con carácter más ó menos relativo, limitada después á exigir el consentimiento de la mujer y la existencia de una causa justa.

Como consecuencia, á la publicación del Código civil italiano, existían en las distintas comarcas de Italia, como en Francia y España, diversidad de leyes y costumbres, expresivas de diferentes sistemas en la organización del patrimonio familiar, si bien dominando el régimen dotal.

El Código italiano consagra la libertad de estipulación, expresando que la sociedad conyugal relativamente á los bienes, se regula por la convención de las partes ó por la ley.

Los futuros cónyuges, antes de realizar el matrimonio, y en documento público, pueden celebrar sus capitulaciones matri-

moniales, determinando con claridad el régimen económico por que han de regularse todas sus relaciones jurídicas, en cuanto ese régimen sea permitido por la ley. Aparte de esto, y para el caso de aceptarse en general un sistema determinado, ó suplir en su caso las deficiencias del contrato, el Código dicta reglas especiales referentes á tres sistemas distintos: el dotal, el de bienes parafernales ó separación y el de comunidad relativa. Este último sistema sólo puede alcanzar al goce ó disfrute, ó sea á los frutos y utilidades de los bienes muebles ó inmuebles, presentes ó futuros, y á los gananciales ó adquisiciones hechas por los cónyuges, juntos ó separadamente, con su trabajo ó sus economías después de celebrado el matrimonio, deducidas las deudas de la sociedad conyugal. Resulta, pues, prohibido el sistema de comunidad absoluta, el de comunidad de bienes muebles, y en general, todo lo que traspase los límites de utilidades y ganancias marcados en el Código. La división de los gananciales sigue las reglas ordinarias, verificándose por mitad.

Los bienes dotales son enajenables con consentimiento de la mujer y en virtud de justa causa. Salvo en cuanto á los parafernales, ó en caso de separación, el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal.

En caso de no estipularse expresamente el sistema económico que ha de regir en la familia, no presume como legal ninguno determinado, imponiéndose la separación de bienes entre los cónyuges.

C. *Portugal.*—La influencia del derecho romano fué en este país mucho más débil que en los examinados hasta ahora. De aquí el predominio casi exclusivo de las costumbres germanas y la admisión en general, en dicho reino, como en varios pueblos de Extremadura, de un sistema de comunidad absoluta.

El Código portugués, amoldándose á las costumbres del país, establece como régimen legal en las relaciones económicas de la familia, el expresado sistema de comunidad, que comprende todos los bienes de los cónyuges, presentes ó futuros, aportados ó adquiridos por cualquier título durante el matrimonio. Se ex-

ceptúan solamente los vestidos ó ropas de uso personal de los cónyuges y joyas esponsalicias, los bienes dejados ó donados con la condición de incomunicabilidad y los subrogados en su lugar, los procedentes de hijos de un matrimonio anterior y otros especiales.

Sin embargo, rindiendo culto al principio moderno de libertad de estipulación, sanciona el Código la facultad en los esposos de determinar en capitulaciones matrimoniales las condiciones bajo que ha de celebrarse la unión, y para el caso de adoptarse expresamente distinto sistema que el de comunidad, legisla sobre otros tres sistemas especiales: el de gananciales, el dotal y el de separación, con la notable particularidad en éste de admitirse la separación en cuanto á los bienes aportados al matrimonio, mas no respecto á los adquiridos, que merecen legalmente la consideración de gananciales, á no pactarse otra cosa de un modo expreso y terminante.

Las capitulaciones matrimoniales han de otorgarse antes de la celebración del matrimonio y en documento público, no pudiéndose en ellas privar al marido de la administración de los bienes de la sociedad, si bien la mujer puede reservarse el derecho de recibir á título de alfileres una parte determinada de los productos de sus bienes, y disponer de ella libremente.

El dominio de los bienes comunes corresponde á ambos cónyuges, por lo cual, para disponer de ellos, se exige el consentimiento de los dos. La mujer puede administrar por concesión del marido, y en los casos de incapacidad ó ausencia del mismo.

D. *Alemania.*—En Alemania predominó al principio un sistema de absorción en poder del marido de todos los bienes de la mujer, que después se limitó á los bienes muebles, y más tarde se convirtió en una verdadera comunidad, admitida con más ó menos extensión.

Por otra parte, la influencia del derecho romano fué decisiva en determinadas regiones que adoptaron el sistema dotal, y ejerció en otras notable influjo, convirtiendo la comunidad ya restringida de bienes en una simple comunidad de administra-

ción, pudiendo los cónyuges establecer al casarse las modificaciones ó condiciones que estimasen convenientes.

Al publicarse recientemente el Código civil eran muy varios los sistemas seguidos, si bien todos podían reducirse á los cinco tipos siguientes, de que habla la exposición de motivos de dicho cuerpo legal;

1.º El régimen *dotal romano*, con leves modificaciones que acentúan la separación de patrimonios entre los cónyuges.

2.º El régimen de *comunidad absoluta*, en el cual todos los bienes del marido y de la mujer se reunen, formando un todo, cuya propiedad y usufructo corresponde á ambos cónyuges. La administración pertenece al marido, si bien en caso de imposibilidad de éste se transfiere á la esposa.

El fondo común responde de las deudas comunes ó particulares de los cónyuges. La disposición de los bienes corresponde en unos países al marido, y exige en otros, con más lógica, el consentimiento de ambos esposos.

Á la disolución del matrimonio síguense distintas prácticas, ya dividiendo el todo por mitad entre un cónyuge y los herederos del otro, con derecho además en éste á determinado usufructo sobre los bienes de aquél, ya continuando la comunidad con los hijos hasta ocurrir la muerte de éstos, ó la muerte, incapacidad ó segundas nupcias del cónyuge viudo, ya adjudicando al último la propiedad de todo el caudal, y suspendiéndose hasta su muerte la división y el derecho hereditario de los hijos en su caso.

3.º El régimen de *comunidad de bienes muebles*, en el que éstos se comunican primero y se dividen con igualdad después entre los cónyuges, quedando separada la propiedad de los bienes inmuebles.

Este sistema, importado de Francia, fué desechado por el Código por su escaso arraigo en el país, y por la posibilidad de que, consistiendo la fortuna de uno de los esposos en bienes inmuebles y la del otro en bienes muebles, éste, sin ventaja alguna, pierda en la comunidad la mitad de su haber.

4.º El régimen conocido en Castilla con el nombre de *gananciales*, en el que son comunes las adquisiciones hechas por título oneroso durante el matrimonio, los productos de los bienes particulares de cada cónyuge y las ganancias provenientes del trabajo de ambos, previa deducción de las deudas y cargas de la sociedad.

Este sistema también fué desechado por el Código alemán, atendiendo á que reducido á las adquisiciones nuevas de la comunidad, ésta de hecho sólo existe durante el matrimonio para las necesidades del mismo, «haciéndose exclusivamente de la propiedad del marido las adquisiciones que la forman». Si con estas palabras no quiere decirse que el marido es el único que durante la sociedad dispone de los bienes comunes pudiendo malgastar su importe, que no hay en realidad comunidad para la mujer, ó no se manifiesta hasta después de la disolución, y eso en caso de que haya ganancias, confesamos que no entendemos lo que se dice, ni la razón que para la exclusión del sistema se alega.

5.º El régimen *sin comunidad*, ó de simple comunidad de administración.

Este régimen es en realidad un sistema que se acerca más al dotal ó al de separación que al de comunidad, pues ni siquiera es cierto que haya comunidad de administración, ya que aun respecto á los bienes que, sin hacerse comunes, se reunen en la sociedad, únicos acerca de los cuales cabría esa comunidad de administración, ésta corresponde exclusivamente al marido, y lo mismo el usufructo de tales bienes, una de cuyas fuentes más importantes es la dote. La mujer obliga á la sociedad respecto á los gastos usuales domésticos, ó en casos urgentes, en que el marido no pueda intervenir, ó autorizada expresamente por éste.

El régimen es más bien de unidad de administración ó de absorción por el marido del usufructo y administración de los bienes reunidos, á cambio de su obligación de atender al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

De la reunión pueden excluirse determinados bienes, que se

reputan parafernales, pero no constando expresamente esta cualidad, la ley presume dotales todos los bienes de la mujer.

Ahora bien: respecto á los parafernales, la mujer administra, usufructúa, comparece en juicio, contrata y dispone con completa independencia del marido, ó sin licencia ni intervención.

A la disolución del matrimonio, cada cónyuge recoge sus bienes y los productos existentes de ellos, y adquiere además el sobreviviente una porción de los del premuerto en concepto de heredero del mismo.

Este régimen ha sido el aceptado como legal en el Código de Alemania.

Todos estos sistemas, y combinaciones entre los mismos, estaban admitidos, como hemos dicho, en el Imperio alemán; pero de antiguo, las capitulaciones matrimoniales de los futuros cónyuges fijaban el régimen económico de la sociedad conyugal, y en su defecto, se entendía celebrado el matrimonio con arreglo al sistema usual del país, ó al del domicilio del marido.

A partir de la publicación del Código, á falta de capitulaciones matrimoniales, siempre preferentes, rige el sistema de comunidad de administración. Dichas capitulaciones pueden modificarse después de celebrado el matrimonio, y deben inscribirse en un Registro especial para conocimiento de terceros.

E. *Inglaterra.* - La legislación inglesa se aparta en la materia que nos ocupa de todas las examinadas hasta aquí.

El derecho común vigente hasta hace pocos años en Inglaterra, recuerda los primeros tiempos de Roma, y la forma de irse operando lentamente su transformación, ofrece también bastante analogía con la historia del derecho romano. La legislación inglesa permanece siglos y siglos inalterable y sagrada; la jurisdicción de la equidad, á imitación del pretor en Roma, obedeciendo las imposiciones de la justicia y de la opinión, va templando con ficciones, poco á poco, el rigor del derecho escrito.

La personalidad de la mujer queda, al casarse, completamente absorbida por la de su marido, y no representando ella

nada en la sociedad conyugal creada, de nada dispone, ni administra cosa alguna. Como dice Lehr, «la mujer casada no podía testar, ni contratar, ni comparecer en juicio; hasta los delitos que cometía en presencia de su marido, se imputaban á este último».

El marido adquiere por el matrimonio todos los bienes muebles ó personales de la mujer, el producto de su trabajo, y el usufructo y administración de los inmuebles. Estos permanecieron mucho tiempo como inalienables, exigiéndose después el consentimiento ó conformidad de la mujer. No se conocen los gananciales; sólo cabe la asignación de alguna cantidad ó parte de bienes á la viuda en la herencia de su difunto consorte *(donario)*, garantizada contra las liberalidades entrevivos ó testamentarias del marido por una especie de inalienabilidad en provecho de la mujer. No se conoce tampoco la licencia marital, por no ser necesaria en ningún caso, ya que el marido es el único que administra y puede disponer.

La mujer puede recibir del marido *alfileres*, ó una asignación anual para sus gastos de tocado, vestidos ú otros usos personales; puede adquirir los *presentes de boda* ó regalos de terceras personas con motivo de su unión; puede tener sus bienes *parafernales*, nombre allí aplicado solamente á las alhajas y objetos expresados de su uso particular, pero no puede disponer de ellos mientras subsista el matrimonio, y aun tiene á veces que reservarlos después si el marido, en uso de su derecho, no los enajena.

En la clase rica ó aristocrática, cuando los bienes aportados por la mujer tenían cierta importancia, el rigor del derecho común llegó á mitigarse, amparándose la innovación por la jurisdicción de la equidad mediante varias ficciones especiales. Una de las más importantes consistía en la aplicación á los bienes aportados por la mujer ó parte de ellos de la institución de los *uses*. Venían á ser, dice el Sr. Azcárate, una especie de fideicomiso, puesto que no eran otra cosa que la confianza que se ponía en una persona de que dispondría de los bienes conforme á las

intenciones de otro á quien se concedia el uso. Así resultaba, añade, que si se dejaban á A. y sus herederos, para el uso de B. y los suyos, A. tenía la propiedad y la posesión *legal;* pero B., el usuario, tenía en conciencia y en equidad los frutos y el derecho de disposición. «El dominio usual de los bienes, dice el Sr. Sánchez Román, se establecía en favor de la mujer en virtud de esa especie de fideicomiso, reconociendo el dominio legal ó de derecho estricto en favor de un tercero con el carácter de *trustee*». Estipulándose así expresamente, el derecho común no era aplicable; el dueño usual era el verdadero dueño, según los principios de la equidad, que cada vez iban interpretándose más favorablemente en favor de la mujer, concediéndole facultades extensas y anulando de hecho las prerrogativas nominales del dueño legal. En rigor, se establecía de este modo dentro de la sociedad una propiedad separada para la mujer.

Pero con ó sin intervención de los *trustees,* afirma Lehr, en los tiempos modernos la separación de bienes propios de la mujer podia resultar valiéndose de distintos medios, enumerando los siguientes: 1.º Una convención escrita entre el marido y la mujer antes del matrimonio declarando ciertos bienes procedentes de ella, de su futuro esposo ó de terceros, como propios de la misma. 2.º Un arreglo hecho con el marido después de celebrarse la unión bajo diferentes hipótesis, ó en caso de abandono ó de separación judicial. 3.º Una donación en propiedad y no en usufructo, hecha por el marido á la mujer. 4.º Una donación hecha directa y exclusivamente á la mujer durante el matrimonio. 5.º Los fondos de comercio de la mujer, si ejerce ésta profesión con independencia de su marido. Y 6.º Una cláusula testamentaria, que da expresamente la consideración de propios á los bienes dejados á la mujer antes ó después de la unión.

A pesar de esto, la clase pobre seguía sujeta al derecho común, existiendo á mediados del siglo XIX en Inglaterra una organización del patrimonio familiar en pugna con las leyes del progreso y de la civilización, fiel remedo de un sistema antiguo

que patrocinaba la anulación de la personalidad de la mujer y convertía el matrimonio en un modo de adquirir.

Tal estado de cosas no podía subsistir, y á las costantes exigencias de la opinión y del progreso respondió al fin la ley, dictándose varias disposiciones, que acabaron por alterar radicalmente el derecho común.

La primera de estas disposiciones del año 1856 tuvo un alcance limitadísimo, dando á la mujer extensas facultades en caso de abandono por su marido.

En 9 de Agosto de 1870 se estableció entre los esposos un régimen parecido al de separación de bienes, pero sin modificar el derecho relativo á la capacidad de la mujer casada para contratar y obligarse.

Por último, en 10 de Agosto de 1882 se dictó una ley importantísima, que empezó á regir en 1.º de Enero de 1883, y aun continúa vigente, por virtud de la cual, constituyen una propiedad particular de la mujer todos los bienes muebles ó inmuebles aportados á su matrimonio ó adquiridos después por derecho de herencia, ó como producto de su trabajo ó profesión; tiene facultad de adquirir y poseer toda clase de bienes, y de disponer de los mismos á su arbitrio entre vivos ó por testamento, reputándose todos los bienes de la mujer de su propiedad exclusiva mientras no se pruebe lo contrario; y puede, por último, contratar y obligarse hasta el límite del importe de sus bienes propios, y comparecer en juicio sin licencia ni intervención de su marido.

La condición de la mujer casada quedó de este modo igualada, en general, á la de la mujer soltera; el cambio fué radicalísimo, y quedó establecido en Inglaterra el régimen de la separación de bienes, que autoriza al marido y á la mujer para obrar con independencia cada cual con relación á su capital respectivo.

«Mas no hay que perder de vista, dice Lehr, que la gran reforma operada por las leyes de 1870 y 1882 ha consistido en dar á ciertos bienes de la mujer casada el carácter de propiedad se-

parada y á conferirle los más extensos derechos sobre esos bienes. El derecho antiguo permanece vigente para los bienes pertenecientes á la mujer casada que no tienen ese carácter especial.»

Para evitar perjuicios á terceras personas, aparte las facilidades que se otorgan para probar toda confabulación ó fraude, se dispone que, en caso de quiebra del marido, la mujer que resulte ser acreedora de él sólo pueda reintegrarse después de haber cobrado todos los demás acreedores. Para defender los derechos de la mujer, aun contra ella misma, suele adicionarse en las capitulaciones matrimoniales una cláusula especial, por virtud de la cual no puede gravar determinados bienes, ni puede disponer de rentas ni frutos hasta estar devengados ó vencidos.

Á pesar de lo dispuesto en la expresada ley, antes que ésta rige la voluntad de los interesados, expresada en sus capitulaciones matrimoniales. Éstas han de constar por escrito, sin exigirse la forma solemne, y aunque legalmente no pueden ser modificadas durante el matrimonio, cabe esa modificación por causas razonables, en virtud de los principios de la equidad.

La capacidad para otorgar las capitulaciones matrimoniales se fija en los veinte años para el varón y diez y ocho para la mujer.

F. *Rusia.*—Á la antigua dote germana, el morgengave y el derecho de usufructo ó de una participación, según que quedaran ó no hijos, concedida al cónyuge supérstite sobre los bienes del premuerto, sucedió en Rusia un sistema de entrega de dote por la mujer, y contradote por el marido, sin admisión, por regla general, de la comunicación de gananciales.

Los sistemas de organización del patrimonio familiar son hoy bastante variados con arreglo á las costumbres de las distintas comarcas de aquel inmenso imperio.

Rige en Polonia un sistema parecido al de comunidad de administración, de que ya nos hemos ocupado al tratar de Alemania, por virtud del cual la propiedad de los bienes de cada cón-

yuge permanece separada; pero la administración de todo corresponde al marido, salvo contadas excepciones, haciendo suyos todos los frutos y aun el producto del trabajo de la mujer, con la obligación de costear todos los gastos de la sociedad. Tienen, sin embargo, excepcional importancia en dicha región las capitulaciones matrimoniales.

En Livonia se admite el sistema de comunidad universal.

En las provincias bálticas existe un sistema de reunión, formándose un fondo con el capital de ambos cónyuges, que el marido administra, excluyéndose ó pudiendo excluirse de esa reunión determinados bienes de la mujer, y marcándose de ordinario, por medio de capitulaciones matrimoniales, los derechos y las obligaciones respectivas de los esposos con relación á cada clase de bienes. Los bienes reunidos forman una masa única respecto á terceros.

En otras provincias rige un sistema de comunidad parcial.

Y, por último, en la mayoría del territorio impera el régimen de separación muy modificado por la costumbre.

El derecho ruso establece como legal ese sistema de separación absoluta de bienes en el matrimonio. Cada esposo aporta los suyos, y los conserva y puede adquirir otros, y dispone á su arbitrio con entera independencia, retirando cuanto le corresponde al disolverse la unión; pero, como hemos indicado, la costumbre, fuertemente arraigada en aquel país, limita los efectos de esa separación, pues con los productos de los bienes de ambos cónyuges ha de atenderse á la alimentación y educación de los hijos, creándose de hecho, aunque no existan hijos, mediante la reunión de los productos de los bienes y del trabajo personal, una verdadera comunidad de disfrute, tan natural en el matrimonio, que sin ella apenas cabe concebir el sistema de separación.

G. *Austria.*—Ocúpase el Código de Austria de las capitulaciones matrimoniales al tratar del derecho sobre las cosas, en el que incluye los contratos.

Legisla con preferencia, como el Código de Italia, con rela-

ción á la dote, imponiéndole el carácter de obligatoria, á no mediar justa causa de excepción apreciada judicialmente. El mismo carácter tienen las donaciones hechas al marido por sus progenitores, quienes, en proporción á su fortuna, deben poner á aquél en la posibilidad de efectuar su matrimonio. (Arts. 1218 y siguientes.)

El marido es el administrador y usufructuario de todos los bienes de la sociedad, pudiendo además disponer del dinero, créditos y cosas fungibles comprendidos en la dote. En los inmuebles no estimados la mujer conserva la propiedad. (Arts. 1227 y 1228.)

Lo que el esposo ó un tercero dé á la esposa, como aumento de dote, se llama sobredote. La mujer, durante el matrimonio, no tiene el usufructo de la sobredote, pero le corresponde, en caso de sobrevivir á su marido, la libre propiedad. (Artículo 1230.)

El regalo que el marido promete dar á la mujer en la primera mañana, se llama *morganática*. (Art. 1232.)

Los cónyuges pueden estipular las reglas relativas á los bienes del matrimonio durante la sociedad conyugal. No habiendo convenio especial respecto al empleo de los bienes, conservará cada uno de los cónyuges su anterior derecho de propiedad, y no lo tendrá á lo que adquiera el otro cónyuge y obtenga, de cualquier modo que sea, durante el matrimonio. En la duda, se presume que la adquisición se ha hecho por el marido. (Artículos 1217 y 1237.)

Para que exista comunidad de bienes entre los cónyuges es necesario un contrato especial. La comunidad se entiende, por regla general, sólo para el caso de muerte, y da derecho al cónyuge á la mitad de los bienes puestos recíprocamente en la comunidad que queden después de la muerte del otro, descontándose el importe total de las deudas ó la porción que haya sido invertida en beneficio de los bienes comunes, según que la comunidad comprenda toda la fortuna, ó sólo los bienes presentes ó los futuros. (Arts. 1233 á 1235.)

Lo que se asigna á la mujer para su sostenimiento en caso de viudedad, se llama pensión de viuda. (Art. 1242.)

Puede estipularse entre los cónyuges el pacto de sucesión, mediante el cual se hace y acepta la promesa de la herencia futura ó de una porción de la misma; pero este pacto sólo tiene de tal el nombre, pues han de mediar las formalidades propias del testamento, y no produce efectos hasta después de la muerte, conservando cada cónyuge la facultad de disponer de sus bienes, según le convenga, mientras viva, y aun de otorgar testamento dentro de ciertos límites. (Arts. 1249 y siguientes.)

H. *Holanda.*—En Holanda, el sistema admitido por la ley es el de comunidad absoluta.

La comunidad comprende como activo todos los bienes muebles é inmuebles de los esposos, lo mismo presentes que futuros, y aun los que adquieran por título gratuito, si el testador ó el donante no dispusieran nada en contrario. Comprende además todos los frutos ó rendimientos, y todas las ganancias que se obtengan durante el matrimonio. (Arts. 175 y 177.)

La comunidad comprende como pasivo todas las deudas contraídas por los esposos, ya antes, ya después de su casamiento. (Art. 176.)

El marido administra los bienes de la comunidad, salvo casos de ausencia ó imposibilidad, y á él compete el derecho de venderlos, traspasarlos é hipotecarlos, sin necesidad del consentimiento de la mujer. (Arts. 179 y 180.)

La división de los bienes á la disolución del matrimonio se verifica por partes iguales, continuando la comunidad entre el cónyuge sobreviviente y los hijos menores de edad, si en el término de tres meses no se hace un exacto inventario del haber de la sociedad conyugal. (Arts. 183 y 182.)

Los futuros esposos pueden prescindir en sus capitulaciones matrimoniales de las reglas establecidas para la comunidad legal, siempre que no estipulen nada contrario á las buenas costumbres, al orden público ni á las leyes. (Art. 194.) Estas capi-

tulaciones han de otorgarse en escritura pública y antes de la celebración del matrimonio. (Art. 202.)

El Código holandés legisla aparte sobre la sociedad de ganancias y pérdidas, y la de productos y rentas, y se ocupa del caso de separación de bienes á petición de la mujer.

Toda esta materia se incluye entre los efectos del matrimonio con relación á los bienes.

I. *Turquía.*—La mujer en Turquía continúa sujeta á la misma condición que hemos hecho notar al ocuparnos de los pueblos árabes en general.

Recogemos los datos suministrados en la «Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos», dirigida por D. Vicente Romero Girón y D. Alejo García Moreno, con relación á la obra monumental publicada en el siglo XVI por Ibrahim Haleby y Monradjá d'Obsson, sobre el derecho musulmán entonces vigente, que no ha sido modificado en la parte referente á las relaciones económicas entre los esposos.

Al contraer matrimonio, el hombre está obligado á hacer un presente á su esposa, que se denomina donación ante-nupcial *(mihz-muàd fel).* Esta donación ó regalo se renueva con el nombre de donación post-nupcial *(mihz-mued fel),* en caso de repudio ó á la muerte de uno de los dos cónyuges. La religión exige este sacrificio para legitimar en parte sus placeres en el matrimonio, y sus derechos sobre la persona de la mujer.

Las donaciones nupciales pueden ser contractuales ó consuetudinarias. Las primeras dependen de la liberalidad del marido ó de una estipulación expresa de los contrayentes; pero en todo caso no debe ser inferior á diez talentos. Las segundas, no existiendo pacto, se regulan, siendo necesario, según el nacimiento, la edad, la fortuna y la condición de la mujer.

El marido puede, en todo tiempo, aumentar la donación, y la mujer relevarle del cumplimiento total ó parcial de esta obligación.

En las donaciones ante-nupciales, la mujer adquiere un derecho perfecto á ellas, inmediatamente después de consumado

el matrimonio, á seguida de una entrevista á solas con su marido, ó aun sin que medie acceso, en caso de fallecimiento de cualquiera de los cónyuges.

El hombre casado debe procurar alimentos á sus esposas, en proporción á su estado, posición, medios y demás circunstancias de cada caso, entendiéndose por alimentos, no sólo la comida, sino el vestido y la habitación.

El marido debe entregar mensualmente una cantidad determinada á cada una de sus mujeres para gastos de mesa, y un vestido completo cada seis meses; y debe alojar á cada una de sus esposas en una casa particular diferente, ó en departamentos separados.

Por imposibilidad del marido, el Magistrado puede autorizar á la mujer para que tome cantidades á préstamo, ó verifique compras al fiado por cuenta y riesgo de su marido. En los casos de ausencia puede también autorizarla para disponer libremente de los créditos y bienes muebles del marido, con objeto de atender á su subsistencia.

Las reglas anteriores se refieren al matrimonio de un musulmán de condición libre. El esclavo que se casa debe también hacer á su esposa una donación ante ó post-nupcial, cuyo importe debe abonarse por el señor, puesto que el esclavo no tiene capacidad para adquirir ni poseer.

A su vez el marido de una esclava no tiene obligación para con ella más que de entregarle la mitad de lo que por razón de alimentos tendría derecho á exigirle una mujer libre.

La mujer de un individuo no mahometano, no puede exigir en ningún caso una donación nupcial, aun cuando ella, su marido ó ambos profesen posteriormente esta religión.

J. *Montenegro.*—El Código general de los bienes, de Montenegro, publicado en el año de 1888, respeta las costumbres de la raza eslava vigentes en dicho país, referentes á la comunidad familiar. De la obra antes citada con relación á Turquía, tomamos los siguientes datos:

La comunidad familiar, recibe en Montenegro el nombre de

Zadruga, y puede ser simple ó compuesta: la primera constituída por un solo matrimonio con sus hijos, y la segunda por varios.

«La propiedad comunal de la familia comprende: 1.º, cierta extensión de terreno con los edificios y plantaciones que contenga; 2.º, cosas muebles y semovientes, especialmente los ganados, y 3.º, los derechos en la propiedad indivisa de los frutos, y de la tribu respectiva.»

«El producto del trabajo de los individuos de la familia pertenece á la comunidad.»

Por lo común, el jefe es el padre ó el hermano mayor; pero pueden ser sustituídos en caso de incapacidad. Los asuntos de interés general se discuten siempre en familia.

Cuando el padre ó el jefe compran una propiedad cualquiera, ésta se hace común, y ya no puede enajenarse sin consentimiento de todos los individuos de la comunidad, y en caso de reparto, aquél obtiene una parte igual á la de los demás.

«Ningún miembro de la comunidad puede poseer en propiedad particular más que un peculio, consistente en algunos efectos manuales y el vestido, en los casos determinados por la costumbre.»

«Para el goce de los derechos no hay diferencia entre uno y otro sexo. La desigualdad aparece, sin embargo, cuando se llega al reparto de los bienes, pues las mujeres no participan de la propiedad comunal, y sólo se reservan su peculio y algunos efectos.»

«En compensación tiene el derecho de entrar en la familia de uno de sus hermanos en calidad de miembros de la comunidad, y los varones que participan del reparto acogen, por regla general, en su caso, á las mujeres excluídas.»

«Cuando la familia es compuesta, es decir, formada por varios matrimonios con sus hijos, la división se hace por ramas y no por cabezas, lo cual supone el reconocimiento del derecho de representación; también se hace alguna distinción en los bienes, según su origen.»

«La parte indivisa de cada miembro en la comunidad es in-

alienable; este carácter se mantiene mientras dura la unión, sin que se pueda vender el derecho, ni siquiera á otro individuo de la familia. La venta no está autorizada sino en caso de reparto total ó parcial; en este caso reaparece también el derecho de transmitir por testamento la propiedad separada.»

«Esto último puede originarse para separar á un miembro que desea salir de la familia, ya para constituir comunidad aparte, ya para emigrar. Además de este motivo, existen otros por los cuales se disuelven las familias, y son: el reparto total de los bienes con el consentimiento de todos los miembros, y la muerte ó separación de éstos.»

«Si después del reparto todos ó algunos de aquellos conservan su parte, ésta forma el núcleo de una nueva *zadruga;* de modo que se verifica una reproducción del tipo fundamental.»

«Cuando el último individuo de la comunidad que sobrevive es del sexo femenino, desaparece la excepción que priva á la mujer del derecho al reparto de los bienes comunales, y es considerada como dueña de ellos, quedando en libertad para constituir por medio del matrimonio una nueva *zadruga.*»

«Por último, hay que notar que al lado de la familia agrupada existe la familia simple en el tipo moderno, bajo la forma ora urbana, ora rural, llamada *inokosna.*»

K. *Otros países de Europa.*—Según el Código de *Zurich*, vigente desde 1888, el régimen matrimonial marcado por la ley es obligatorio para todos los que estén bajo la jurisdicción del cantón. Los contratos entre esposos ó prometidos en que se deroguen principios esenciales de ese régimen, no se consideran válidos sino cuando hayan obtenido la aprobación judicial.

Según el régimen legal, el marido es de derecho el tutor marital de la mujer, cuyos bienes administra, representándola cerca de terceros. Puede enajenar ó empeñar los bienes muebles pertenecientes á su esposa, pero no puede vender ni hipotecar los inmuebles sin consentimiento de la mujer.

El marido tiene, además, el uso y disfrute de todos los bienes de su esposa, perteneciéndole todos los frutos y rentas y el

producto del trabajo de su mujer, con la condición de proveer de un modo conveniente á las necesidades de la familia.

Se exceptúan de la tutela y del usufructo del marido los bienes reservados expresamente á la mujer, ó, por costumbre, los bienes propios de la misma, los ahorros y lo que el marido la entregue en concepto de alfileres ó de dinero de juego. Las donaciones hechas á la mujer á condición de ser de su exclusiva pertenencia, entran también en la categoría de ahorros. Respecto á todas estas clases de bienes, la mujer es independiente del marido, y está facultada para disponer de ellos libremente.

En la obra del Sr. Azcárate, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad*, se indican los sistemas especiales admitidos en Suecia, Noruega y Dinamarca.

«En *Dinamarca*, dice el expresado autor, el régimen legal es el de la comunidad, pero puede modificarse por pacto entre los cónyuges. En *Noruega* es este mismo sistema el consagrado por la ley y por la costumbre, y los esposos pueden limitar la comunidad á determinados bienes. En *Suecia,* la ley de 19 de Mayo de 1845 establece un régimen de comunidad, cuyas condiciones varían según que se trate de bienes muebles ó inmuebles, según que éstos se hallen situados en el campo ó en la ciudad, y también según que los esposos sean campesinos ó habiten en la ciudad.»

«En *Suiza* se conoce la comunidad de gananciales, la de bienes muebles y el régimen dotal. El Código de Glaris establece un solo sistema, según el cual, el marido tiene la disposición, el disfrute y la administración de los bienes de la mujer, y declara que este régimen es el legal para todos los habitantes del cantón.»—Ya hemos hablado del Código de Zurich.

L. *Chile.*—El Código de Chile es uno de los de más clara exposición de preceptos que conocemos. Legisla especialmente, como todos los Códigos modernos, sobre la importante materia que examinamos, en un título, cuyo epígrafe es: «De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal.»

Hija aquella República de España, no es de extrañar que en

ella se vean reproducidas nuestras leyes y costumbres, levemente modificadas y completadas á tenor de lo que demandan los adelantos de la civilización. La legislación de Chile recuerda la de los aragoneses.

El Código chileno admite como base para las relaciones económicas entre los cónyuges las capitulaciones matrimoniales, que han de otorgarse y sólo pueden modificarse antes de la celebración del matrimonio.

A falta de pacto escrito, por el mero hecho de la unión, ésta se entiende contraída bajo el régimen de gananciales.

La dote y toda clase de liberalidades por razón de matrimonio, siguen las reglas de las donaciones en general.

Los bienes fungibles y especies muebles aportados por los esposos, y aun las fincas de la mujer, cuyo importe se aprecia para restituirlo, forman parte del haber de la sociedad conyugal. La mujer tiene sus bienes propios, sin distinción alguna entre dotales y parafernales. El marido es el administrador de todos los bienes y el representante legal de la sociedad para todos los efectos con relación á terceros, salvo el caso de interdicción, incapacidad ó ausencia.

Las ganancias se dividen por mitad entre un cónyuge y los herederos del otro.

Aparte establece el Código preceptos especiales para el caso de separación de bienes.

En las notas que acompañan al Código de Chile, se hacen, entre otras, las siguientes observaciones al título relativo á la sociedad conyugal, para justificar las modificaciones introducidas en la legislación de Castilla y explicar la razón de sus preceptos:

1.ª En la sociedad conyugal hay tres entidades distintas: el marido, la mujer y la sociedad, trinidad indispensable para el deslinde de las obligaciones y derechos de los cónyuges entre sí; respecto de tercero no hay más que marido y mujer: la sociedad y el marido se identifican. «Por consiguiente, no es lo mismo pertenecer una cosa á la sociedad ó pertenecer á los dos

cónyuges en común. Un ejemplo lo manifestará. Se lega una hacienda á ambos cónyuges. Mientras está proindiviso, la mujer tiene tan real y verdaderamente dominio en ella como el marido. El marido no puede enajenar la hacienda sin las formalidades necesarias para la enajenación de los bienes raíces de la mujer, al paso que pudiera enajenar libremente una finca que formase parte del haber social. Dividida entre ellos la hacienda, la mujer toma su parte y adquiere el solo dominio de ella, que es como el de cualquiera de sus bienes parafernales. Si la mitad de la hacienda no le hubiera pertenecido proindiviso, la división le habría dado el dominio exclusivo de la mitad de una cosa social, lo cual, mientras dura la sociedad, es contra derecho. La hacienda, como propiedad de ambos cónyuges, puede durante la sociedad dividirse entre ellos; si fuese haber social, no podría.»

«2.° Se ha descartado el dominio de la mujer en los bienes sociales durante la sociedad: ese dominio es una ficción que á nada conduce.»

«3.° No se hace diferencia entre bienes dotales y parafernales. La asimilación entre unos y otros en las Partidas es todavía, si cabe, más necesaria desde que por los Fueros españoles y las leyes de Toro se estableció la sociedad conyugal, y se inhabilitó á la mujer para todo contrato sin autorización del marido.»

«4.° La dote y las parafernas no tienen en este Código otro privilegio que la hipoteca legal sobre los bienes del marido, hipoteca que en nuestro sistema concurre con las otras hipotecas legales según su fecha, y no concurre con las especiales. La dote ha sido uno de los hijos mimados de nuestro derecho; se han reducido sus privilegios á los que parecen sus justos límites. ¿Corren acaso más peligro los bienes de la mujer casada, que los del demente, ó los del niño?»

M. *Méjico.*—Según el Código de Méjico, el contrato matrimonial con relación á los bienes, puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal ó bajo el de separación de bienes, pu-

diendo en ambos casos constituirse dote, y regulándose por las disposiciones legales.

La sociedad conyugal es voluntaria ó legal, según que se rija por lo estipulado en las capitulaciones matrimoniales, ó por la ley.

Las capitulaciones pueden otorgarse antes ó después de celebrado el matrimonio, pero siempre en escritura pública. Dichas capitulaciones han de concretarse á constituir la sociedad voluntaria ó á pactar la separación, con las reglas relativas á cada caso, que quieran estipular los cónyuges.

No se hace distinción entre bienes dotales y parafernales, siguiendo en esto el criterio del legislador de Chile; pero se da á la dote gran importancia, legislando minuciosamente sobre ella.

Admitido el sistema de gananciales, la determinación de los bienes que tienen la consideración de tales, es algo más limitada que en Chile, no haciéndose entre ellos expresión de los bienes fungibles, especies muebles, ni fincas estimadas de la mujer. La división de los gananciales á la disolución del matrimonio se verifica por mitad.

Comparando las reglas establecidas con relación á la sociedad conyugal en Méjico, con las de Chile y con las de nuestro país, se observan dos especialidades dignas de tener en cuenta, que dan carácter á la institución, perfeccionándola en nuestro concepto, por hacer más iguales las condiciones del marido y de la mujer en el matrimonio.

El marido es legalmente el administrador, aunque puede serlo en ciertos casos la mujer; puede disponer de los bienes muebles de la sociedad conyugal; pero no puede enajenar ni gravar los inmuebles, sino en unión de su esposa: principio lógico, puesto que ambos son legalmente dueños y poseedores de los bienes de la comunidad.

Por otra parte, al liquidarse la sociedad conyugal, se pagan primero los créditos contra ella, y después las aportaciones de los cónyuges, y en caso de existir pérdidas, el importe de ellas

se deduce por mitad de lo que cada consorte hubiese llevado á la sociedad.

Los bienes dotales, estimados ó inestimados, pueden enajenarse, según los casos, por el marido solo, por la mujer, ó por ambos, cumpliéndose determinadas condiciones. El marido únicamente puede enajenarlos por sí solo, cuando hubiese asegurado á la mujer su devolución con hipoteca suficiente.

Se permiten las donaciones entre marido y mujer, si bien no pueden exceder de la quinta parte de los bienes, y sólo se confirman con la muerte del donante.

En el sistema de separación, cada cónyuge ha de contribuir en proporción á las rentas de su capital, al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Repítense en el Código de la Baja California las disposiciones del de Méjico.

N. *Guatemala.*—El Código de Guatemala viene á ser en lo relativo á la organización del patrimonio familiar, una reproducción fiel del derecho de Castilla vigente á la publicación del Código civil, con ligerísimas modificaciones.

Reconoce la dote como aportación de la mujer, las arras como donación hecha por el marido, y los bienes parafernales, teniendo aquéllas (las arras) igual consideración que éstos en cuanto á los derechos de la esposa sobre ellos. La mujer administra sus parafernales, pero necesita para disponer, gravar ó comparecer en juicio, la licencia de su marido. Puede entregar esos bienes á su marido para que los administre, y en este caso puede el marido enajenarlos con consentimiento de la mujer.

Son bienes comunes los productos del capital privativo de cada cónyuge, lo que se compre ó permute con dichos productos y lo que cualquiera de los esposos adquiera con su trabajo, industria, profesión ó por título oneroso.

El marido es el administrador de todos los bienes de la sociedad, salvo lo expuesto respecto á los parafernales, cuya administración, en principio, se halla reservada á la mujer. Para

la enajenación ó gravamen de los bienes comunes durante el matrimonio no se exige la voluntad conforme de la esposa.

Los gananciales, en su caso, se dividen por mitad, no participando de ellos la mujer, en caso de abandonar voluntariamente la casa de su marido, mientras dure la separación.

Del matrimonio resulta, según el Código de Guatemala, una sociedad legal entre marido y mujer, á la cual ni á sus efectos puede renunciarse: sociedad legal que es la que el Código reglamenta. Parece de aquí deducirse que el único régimen económico allí admitido en casos normales es el de comunidad relativa, llamado de gananciales. Es cierto que se admiten las capitulaciones matrimoniales, pero definiéndolas como pactos que se hacen por escritura pública entre las personas que tratan de casarse, ó también que estén casadas, para determinar y asegurar los bienes que cada una aporte ó hubiese aportado al matrimonio.

Sin embargo, la separación de bienes entre los cónyuges se efectúa por decreto judicial, *por convenio* ó por disposición de la ley; cabe que se estipule en las capitulaciones que la mujer administre determinados bienes; y de aquel convenio y de esta estipulación se desprende una doctrina contraria á la necesidad del sistema de gananciales, como único posible. Más bien debe suponerse incompleta la definición de las capitulaciones matrimoniales, pues en modo alguno podemos creer que un Código como el de Guatemala tratase de contrariar en absoluto la libertad de estipulación sobre tan importante materia.

O. *Venezuela.*—Se halla vigente el Código de Venezuela desde el día 28 de Octubre de 1896.

La sociedad conyugal, relativamente á los bienes, se rige por las convenciones de las partes ó por la ley.

Las convenciones de las partes pueden excluir ó modificar la sociedad conyugal, y establecer el régimen que se estimase más conveniente para los bienes del matrimonio, con las limitaciones naturales fundadas en la moral ó en los preceptos de las leyes prohibitivas. Las disposiciones relativas á los pactos matrimoniales parecen tomadas del Código español.

Entre marido y mujer, no mediando convención en contrario, existe la sociedad conyugal, cuyo efecto es hacer comunes por mitad las ganancias ó beneficios obtenidos durante el matrimonio.

En esta sociedad hay bienes privativos de los cónyuges y bienes comunes. El patrimonio de los cónyuges se compone de los bienes y derechos que la mujer y el marido aportan al matrimonio al tiempo de contraerlo, y de los que durante él adquieren por donación, herencia ó legado. El fondo de la sociedad lo constituyen los bienes adquiridos durante el matrimonio por título oneroso á costa del caudal común, los obtenidos por la industria, profesión, oficio, sueldo ó trabajo de ambos cónyuges ó de cualquiera de ellos, y los frutos, rentas ó intereses devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes ó de los peculiares de cada uno de los cónyuges.

No se habla de dote, arras ni parafernales; no hay más que patrimonio de un esposo ó de otro. El marido lo administra todo, sin excepción alguna, y, por tanto, todos los bienes de la mujer. En cambio es responsable de los perjuicios que ésta experimente por la culpa ó negligencia del marido, y á nadie tiene que dar cuenta de su administración.

El usufructo de los cónyuges sobre los bienes de sus hijos, aunque sean de otro matrimonio, pertenece también en su caso á la sociedad conyugal. Pero tanto este usufructo como el de los bienes aportados por la mujer á la misma sociedad, no puede ser embargado, por responsabilidades del marido ó de la comunidad, sin dejar á salvo los alimentos y gastos de educación de la mujer y de los hijos; esto es, que los frutos, rentas ó intereses sólo responden á las deudas en cuanto excedan del importe de las atenciones más sagradas de la sociedad.

La sociedad conyugal termina por la disolución y la nulidad del matrimonio, por el divorcio, la ausencia declarada y la separación judicial, pues toda separación voluntaria es nula.

El marido dispone por sí solo de los bienes de la sociedad; necesita el consentimiento de su mujer para enajenar ó gravar

los bienes no inmuebles pertenecientes á ésta, y tratándose de bienes raíces se exige, á más de ese consentimiento, autorización judicial con conocimiento de causa.

Por último, los gananciales se dividen por mitad, y la mujer sólo responde de las deudas ó pérdidas de la sociedad, en cuanto no excedan del importe de su mitad de ganancias.

***

Hecho en general en la primera parte de este estudio el examen de los sistemas que organizan el patrimonio familiar, y conocida la historia de la institución y su estado actual, fácil es observar el sucesivo enlace en la cadena que forman dichos sistemas, desde el de absorción por el marido de los bienes de la mujer, hasta el de comunidad absoluta, pudiendo clasificarse, como resumen, en los siguientes grupos principales:

1.º Absorción completa de la personalidad de la mujer por la del marido. Al casarse, la mujer pierde el producto de su trabajo y la propiedad de todos sus bienes, si los tuviere. (Pueblos salvajes, pueblos primitivos.)

2.º Apropiación por el marido de todos los bienes no inmuebles de la mujer, haciendo además suyos los frutos ó productos todos y la administración. (Sistema de derecho común inglés hasta nuestros días, Zurich.)

3.º El marido adquiere el usufructo y la administración de los bienes de la mujer con la obligación de cubrir todos los gastos y atenciones de la sociedad. La propiedad permanece separada, sin comunidad alguna.

En este sistema suelen excluirse á veces ciertos bienes de la reunión, como propios de la mujer y administrados por ella, lo cual no ataca á la esencia del régimen, que es la separación de propiedades, y administración y usufructo en principio á favor del marido.

En este grupo cabe incluir los tres sistemas siguientes:

a) El de comunidad de administración, aceptado por el Código civil alemán y practicado en algunas comarcas de Francia.

b) El régimen dotal, en el que se extreman los privilegios en favor de los bienes de la mujer, llegando hasta convertirlos en inalienables. (Italia, Austria, parte de Francia, Cataluña.)

c) El sistema de reunión, en el que los bienes, no obstante estar separados en cuanto á las personas de los cónyuges, forman una sola masa con relación á terceros. (Provincias bálticas, parte de Alemania y Austria.)

4.° Separación completa de patrimonios. La propiedad, el usufructo y la administración de los bienes de cada cónyuge permanecen separados é independientes. El marido atiende á los gastos comunes, ó contribuyen á ellos ambos cónyuges, en proporción á los productos de sus bienes. (Inglaterra según las últimas reformas, Rusia.)

5.° Comunidad en cuanto á los frutos de todos los bienes de la sociedad conyugal y los productos del trabajo.

6.° Comunidad en dichos frutos y productos y en las ganancias y adquisiciones á título oneroso hechas durante el matrimonio. Comunidad de utilidades, sistema de gananciales. (Méjico, Guatemala, Venezuela, Castilla, parte de Italia, Francia y Alemania.)

7.° Comunidad en los bienes muebles, en los frutos y en las ganancias. (Chile, parte de Francia, Aragón.)

8.° Comunidad extensiva á los inmuebles adquiridos por cualquier título durante la sociedad conyugal. (Sistema legal en Francia y Bélgica.)

9.° Comunidad absoluta, en la que de ordinario cabe excluir algunos bienes de la comunidad, bien por donarse ó legarse con esta condición, bien para determinadas atenciones. (Portugal, Holanda, Dinamarca, Noruega, Livonia, etc.)

En Vizcaya la comunidad es absoluta si quedan hijos ó descendientes de la unión.

10. Comunidad absoluta entre varias familias ó matrimonios. (Montenegro, pueblos eslavos.)

SECCION IV

EXAMEN ESPECIAL DEL RÉGIMEN DOTAL Y DEL DE GANANCIALES

Entre todos los sistemas que hemos expuesto anteriormente, debemos dedicar alguna más atención á dos de ellos, que han sostenido siempre eterna lucha en la historia y hoy se conservan vigentes, más ó menos modificados, ya en unos países, ya en otros, según los principios que llegaron á predominar. Nos referimos al régimen dotal romano y al de gananciales.

El sistema de absorción por el marido de los bienes de la mujer desaparece con el progreso de los pueblos. El sistema de separación no se concibe puro en el matrimonio. El sistema de comunidad absoluta es uno de los más extendidos en Europa, y tiene indudables ventajas y arraigo en las costumbres cuando se conserva aun en nuestro tiempo con tal energía; pero tanto éste como el de reunión, el de comunidad de administración, el de separación relativa y otros de comunidad parcial, no despiertan, con relación á nuestra patria, el interés que los dos antes enunciados, fiel expresión de la oposición de principios entre el Fuero Juzgo y las Partidas, Castilla y Cataluña, derecho consuetudinario ó derecho escrito francés, régimen romano ó régimen godo.

Entre el régimen puro de separación y el de comunidad absoluta cabe una serie de gradaciones intermedias, como hemos tenido ocasión de examinar en la parte histórica; todos pueden incluirse entre los sistemas de comunidad relativa. El mismo sistema de separación de Rusia y el régimen dotal de Cataluña, Italia, Francia y Méjico, aunque asignen á veces el usufructo de los bienes al marido con la obligación de sostener á la familia, suponen realmente un goce en común de los frutos de los bienes particulares y separados de los cónyuges, y de los productos de su trabajo y economía.

Caracteriza el régimen dotal romano la entrega de bienes

por la mujer al marido para sostener las cargas del matrimonio, la inalienabilidad y aseguramiento de estos bienes para que se conserve íntegro el patrimonio de la esposa y de los hijos, y la concesión de la administración al marido en términos de que, respetando el capital, no tenga que dar cuenta de la inversión de frutos ó productos del trabajo personal, cumpla las obligaciones todas que le incumben en la sociedad conyugal, y sufra ó disfrute de las buenas ó malas consecuencias de su gestión.

Es característico en el sistema de gananciales el disfrute en común de las utilidades procedentes de los bienes ó del trabajo personal de los cónyuges, la adquisición en común de los bienes obtenidos á título oneroso durante el matrimonio con aquellos productos, la administración por el marido de todos los bienes de la sociedad y la división por mitad ó proporcionalmente de todas las ganancias.

Veamos ahora las ventajas é inconvenientes de uno y otro sistema.

I. *Régimen dotal.*—Critícase el régimen dotal bajo tres diferentes puntos de vista.

Bajo el punto de vista económico, y atendiendo á la inalienabilidad de los bienes dotales, se considera contrario á los buenos principios, en cuanto sustrae una porción de bienes de la circulación, matando el crédito y privando de seguridad á la contratación.

Bajo el punto de vista práctico, y atendiendo á la situación de la mujer en el matrimonio, se encuentra que carece de todo estímulo é interés en su prosperidad, pues no pudiendo perder nada ni ganar nada tampoco, ha de permanecer indiferente y fría, como extraña dentro de su hogar. Si con su trabajo ayuda á la obtención de ganancias, es injusto que no participe de ellas.

Atendiendo, por último, á los privilegios de la dote enfrente de los derechos de los acreedores y á su misma inalienabilidad, se considera por algunos inmoral, porque consiente hasta el deshonor de la familia, y el perjuicio de terceros habiendo bienes

bastantes en la sociedad para salvar la situación, y permite á la mujer eximirse del cumplimiento de sagradas obligaciones.

No es fácil desvirtuar la primera acusación. Fiore contesta que no todos los bienes de la mujer son dotales, y que en Italia se permite con ciertas condiciones la enajenación. Durán y Bas supone que no es cierto que donde se admite el régimen dotal circule menos la riqueza.

El argumento se hace con relación á los bienes dotales, no á otros distintos, y fundándose en su inalienabilidad, que es un carácter propio del régimen dotal romano. Si se permite la enajenación, ese carácter se pierde, y el sistema queda purgado de uno de sus mayores inconvenientes; pero cuantas más trabas se opongan á la enajenación, cuanto más difícilmente pueda realizarse, es evidente que menos circulará la riqueza, porque habrá una parte cuya amortización más ó ménos relativa impone la ley en el sistema dotal.

El segundo argumento es también racional y difícil de combatir. Durán y Bas contesta á esto: «No fomenta el aborrecimiento por la mujer de los cuidados domésticos, de la economía y de la prosperidad de las casas que gobiernan, un régimen que estimula á esos cuidados, á esa economía y á esa prosperidad, con el amor entrañable que la madre tiene siempre á sus hijos, si los hay en el matrimonio, y si no los hay, con su interés propio, en la esperanza de que el marido premie en su testamento los afanes de su compañera. Y la justicia se satisface mejor cuando el premio acompaña al mérito realmente contraído, que con la disposición general de la ley que, en su abstracción, no distingue entre las buenas y las malas esposas, entre la mujer laboriosa y la económica, y la que se entrega á la disipación y á los despilfarros de un lujo inmoderado; y á la verdad se olvida que la gran preocupación de la buena esposa, de la verdadera madre de familia, nunca es su interés propio, sino el del marido á quien ama, y el de los hijos que son la prenda más querida de su corazón».

Todo esto no desvirtúa la fuerza de su acusación. Ya sabe-

mos que una buena esposa y una buena madre, han de interesarse, se interesan de ordinario en cuanto concierne á la familia, sin atender al sistema de bienes que preside en su matrimonio; pero en el mundo no todo es bueno ni malo, abunda mucho lo mediano, y ¿cómo negar más interés al que lucha y trabaja y ahorra para sí, que al que ha de ayudar simplemente á los demás, sin más provecho propio que la esperanza de que algún día el amo ó patrono en su testamento le deje una parte más ó menos insignificante de los bienes que contribuyó á ganar y conservar? Negar este hecho sería desconocer la naturaleza humana.

Por último, el tercer argumento tiene también su razón de ser, aunque haya alguna exageración. Si la mujer no ha de poder salir fiadora por su marido ni obligarse mancomunadamente con él, si los bienes inmuebles de la dote no han de poder gravarse ni enajenarse, si los frutos pertenecen al marido, y los bienes de éste quedan hipotecados tácitamente á la seguridad de la restitución, y la mujer ha de tener ciertos privilegios como el de opción dotal, no cabe duda que la situación de los acreedores de la sociedad conyugal, ó del marido si se quiere y de la familia, es sumamente desfavorable, pues aquéllos encuentran siempre en su camino un enemigo privilegiado que puede anular en todo ó em parte sus derechos, y que, aun sobrando bienes, puede ocurrir que la familia no logre encontrar ayuda n salvar una difícil situación. Si se sostiene la inalienabilidad de la dote, ¿cabe concebir una situación más cruel y angustiosa que la de la madre, que poseyendo bienes dotales suficientes, tiene que consentir la ruina y aun el deshonor de su esposo, porque la ley le impone por fuerza la conservación de esos bienes, cuidándose más de la fortuna de sus hijos, que de la reputación y buen nombre de la familia?

Durán y Bas sostiene que esas situaciones se presentan idénticas en el sistema de gananciales cuando no hay ganancias y se gasta más de lo que es debido, siendo en realidad hijas de sensualismo y de la vanidad, y «donde existen, añade, estos dos

gérmenes de destrucción de la fortuna privada y de las virtudes domésticas, la buena fe siempre estará en peligro, cualquiera que sea el régimen de la sociedad conyugal respecto á los bienes». Se olvida algo en estas palabras la parte que juega el azar en las desgracias de la familia, y se parte, sin duda, de la base de no ser inalienables los bienes dotales.

Fiore toma un camino opuesto para defender la institución. Supone que las leyes serían siempre innecesarias si todos cumpliesen exactamente sus deberes, si en todas las familias reinase el orden y la economía, y que, precisamente por eso, la ley debe ser siempre previsora y evitar el mal mayor, sin que pueda caber duda de que cumplen este fin de utilidad social los preceptos relativos á la dote, que no son preceptos de desconfianza y de sospecha, ni erigen, como quiere sostenersa, la mala fe en sistema, sino que teniendo en cuenta las condiciones reales de la sociedad familiar, ponen especial cuidado en no dejar á la mujer indefensa á merced de la mala administración del marido, como ocurre con frecuencia en el sistema de comunidad universal. Además, fácil es á los acreedores enterarse de las condiciones en que se ha constituido la sociedad conyugal, y conocer las fincas especialmente hipotecadas á la seguridad de la dote, pues hoy no existe ya la hipoteca general y tácita de que antes gozaba la mujer.

Es verdad que la ley tuvo que preocuparse de la situación de la mujer en la familia, no menos que de los derechos de terceros enfrente de la sociedad conyugal, y que, estimando que éstos podían defenderse mejor y que el abandono de los intereses de aquélla conducía á la ruina de los bijos, seres indefensos, fué poco á poco extremando los privilegios de la mujer en la dote, hasta llegar á convertirla en un fondo sagrado é intangible, reservado á los descendientes, y que, bajo este aspecto de la cuestión, lo procedente no es señalar defectos al régimen dotal, sino apreciar imparcialmente si no se hallan de sobra compensados con sus ventajas y, si cabe, reducir ó limitar esos defectos para que no resulten excesivos, no produzca el privilegio un efecto

contraproducente y no constituyan los inconvenientes fundamento serio de oposición.

Si á los bienes dotales se les libra de la argolla de hierro que en el sistema dotal romano puro los sujetaba, y de la cadena que con todos los bienes del marido los ligaba; si se consideran enajenables, y á la hipoteca tácita y privilegiada sustituye la hipoteca especial y expresa, naturalmente inscrita; si el privilegio de opción dotal se contiene dentro de justos límites, y la mujer se convierte en una acreedora con iguales derechos y preferencias que los demás, según la clase de documentos, la fecha de la constitución ó inscripción, y la expresa garantía de que disfrute; si los frutos de la dote no se dan al marido solo, sino al marido, á la mujer y á los hijos, á la sociedad, en fin, que se crea, como es lo razonable, el sistema dotal romano cambia por completo de carácter, pero queda un régimen fundado en la dote, exento de inconvenientes y muy aceptable.

Y como una institución no debe juzgarse únicamente rebuscando los defectos que pueda tener, sino colocando enfrente sus ventajas y buenas condiciones, que á veces irradian tanta luz que ante ellas desaparecen las sombras, el régimen dotal que favorece los matrimonios nacidos del amor, no dando estímulo al interés; que dignifica la condición de la mujer, permitiéndole la administración y disposición de un capital propio; que lleva á la sociedad conyugal los frutos de la dote para su sostenimiento, y da al marido la consideración de jefe del hogar doméstico que le corresponde; que forma con los bienes dotales un fondo de reserva para la familia y para los hijos, y pone á la mujer á cubierto de los desastrosos efectos de una mala administración: el régimen dotal moderno, que no envuelve una absoluta separación ni extrema el privilegio en perjuicio de terceros y del orden económico, constituye un sistema digno y prudente de organización del patrimonio de la familia, y debe ser mirado con respeto y consideración.

II. *Sistema de gananciales.*—No se halla exento este régimen de inconvenientes.

Critícase también bajo dos diferentes puntos de vista. Por una parte, se considera que favorece los matrimonios de interés, pues cada cónyuge ha de participar de los frutos de los bienes del otro y de las ganancias que con esos bienes se obtengan, teniendo el derecho de partir por mitad en las utilidades, aun sin aportar capital alguno. Por otra, se entrega al marido el capital social, y como él todo lo administra y dispone como único dueño de los llamados bienes comunes, la suerte de la mujer y de los hijos, el porvenir entero de la familia, queda á merced de la buena ó mala dirección del jefe, de sus buenas ó malas cualidades como administrador.

Cada uno de estos dos argumentos puede descomponerse en otros dos, relacionados entre sí, pudiendo además notarse que los del segundo grupo quitan á los del primero bastante fuerza, porque si todo depende de la buena ó mala administración del marido, y aun del azar podemos añadir, no cabe contar de antemano con ganancias dudosas ni con fortunas movedizas. Parece que hay una rueda incesante en la vida, una ley que empuja hacia abajo á los de arriba, y hacia arriba á los de abajo, y que se cumple fatalmente, moviendo á los hombres como instrumentos para llegar á ese fin.

Mas sea de ello lo que quiera, esa ley no puede servir de fundamento á una objeción; los que se casan no reparan en ella, ni saben si aun les toca ascender ó deben bajar; el porvenir está para ellos en relación con el presente, y es cierto desde luego que existe para el interés algún estímulo en el sistema de gananciales.

Pero seamos justos: ese interés limitado á las ganancias que puedan resultar, convertido, en suma, en una esperanza que puede fácilmente desvanecerse, no es tan poderoso que mate los matrimonios de inclinación. ¡Cuántos capitales necesitan un sostén para no desplomarse, y ese sostén lo reciben uniéndose con el trabajo! No es ciertamente el capital el mayor bien, ni debe considerarse como el principal estímulo. En suma, en el sistema de gananciales cada cónyuge conserva sus propios bie-

nes: éstos no se comunican; habrá ó no ganancias, y cuando las haya, ¿no representan éstas el trabajo y el cuidado común de ambos cónyuges? ¿Puede estimarse injusto que el que ayuda á ganar participe de lo reunido con su esfuerzo é inteligencia?

La división de todas las ganancias por mitad entre un cónyuge y los herederos del otro á la disolución del matrimonio, no siempre será justa, pero es quizás la mas conveniente. Por algo se establece así en todos los Códigos modernos que admiten el sistema de comunidad más ó menos restringida

El Fuero Juzgo imponía la división proporcional; pero esto daba lugar á pleitos y disputas, y el Fuero Real los cortó, como dice Goyena, estableciendo como principio la absoluta igualdad.

En principio, la proporcionalidad en la distribución es lo más justo, y así lo reconocen la mayoría de los escritores.

El mismo Sr. Alonso Martínez dice en su obra citada: «Mientras no se sale del matrimonio y de los hijos en él habidos, todo va bien: la identidad de los afectos y de los intereses, la confusión de las personas y de los bienes de los cónyuges, influyen á no dudar favorablemente en la educación de los frutos de su amor. Pero apenas se traspasa esta órbita y entran en juego otras personas, siquiera sean tan allegadas como los padres de los esposos, asalta sin querer á la mente el recuerdo de un principio económico, desconocido ó vulnerado en la institución de los gananciales. ¿No se trata de una sociedad?

»Pues lo natural es que las ganancias se repartan en proporción al capital aportado por cada socio, en vez de distribuirlas por mitad, y que además se respeten los fueros del trabajo dando su merecido al socio industrial. La justicia está en la proporcionalidad, y exige además no dejar un trabajo productivo y fecundo sin la debida remuneración.»

¿Sería, no obstante, viable este sistema? ¿Es posible determinar la proporción en que el marido y la mujer contribuyen con su trabajo á la obtención de las ganancias? El capital de la sociedad se conserva y acrecienta con la intervención, cuidado é interés, tanto de la mujer como del marido, cada uno dentro

de su esfera ó de su respectiva misión en la familia. Lógico es suponer que el capital mayor produzca más en igualdad de administración, y por tanto, nada hay que objetar al principio de proporcionalidad cuando se limita su aplicación á los frutos naturales ó civiles de los bienes particulares de los cónyuges. Pero en una sociedad como la del matrimonio, ¿qué reglas dar para establecr la proporción justa en los productos nacidos del trabajo?

Refiriéndose al sistema de separación de bienes y á la necesidad en él de repartir entre los cónyuges algo que es realmente común, el Sr. Alonso Martínez viene á contestarse á sí mismo en los siguientes párrafos, tan claros y atractivos como todo lo que procede de su pluma:

«¡Qué fácil es decir que cada cónyuge disponga libremente de lo que gane! ¡Y cuán difícil el deslinde en cada familia de la participación que en la formación del patrimonio han tenido el marido, la mujer, y en la inmensa mayoría de los casos hasta los mismos hijos! Ciertamente, si el marido es un artista célebre como Gayarre y Massini, ó la mujer casada se llama Adelina Patti ó Nilson; si se trata de un médico afamado, como Toca, ó de un abogado de gran reputación, como Cortina, no tendrán mucho que investigar los liquidadores de la sociedad conyugal para imputar las ganancias al cónyuge que las haya hecho realmente. Aun así habría una incógnita indescifrable: la de la influencia que en la formación de un patrimonio tiene en unos casos el acierto del marido en la gestión administrativa, y en otros, ó mejor dicho, en los más, el espíritu de orden y de economía que suele encarnarse en la esposa, singularmente cuando tiene la fortuna de ser madre.

»El desdén con que muchos hablan de los cuidados domésticos encomendados á la mujer, revela una supina ignorancia de la realidad de la vida y de los misterios del hogar. A veces está en eso mismo que se desprecia el secreto de una gran fortuna, sobre que, en general, es más fácil adquirirla que acertar á conservarla...

»Mas no perdamos el tiempo en estériles disquisiciones. Son muy pocos los matrimonios en que el marido ó la mujer sean una gran celebridad en el arte, en el foro, en la medicina, en el comercio ó en cualquiera otra profesión; la inmensa mayoría, la casi unanimidad de los casados, se compone de labradores, artesanos y obreros, ó de personas que, aun profesando las artes liberales ó perteneciendo á la nobleza, gastan tanto ó más, ó poco menos, de lo que ganan, y en todos estos casos, desafío á los contadores más peritos y á los letrados más expertos, á que hagan, en conciencia y con justicia, el deslinde de la parte de bienes comunes que realmente corresponda á cada cónyuge.

»Por esto dije no ha mucho, que en el derecho, como en las demás ciencias de aplicación, es menester no confundir lo ideal con lo real. Entre ideólogos, no cabe discutir que lo justo en la materia es el principio de la proporcionalidad, esto es, que cada socio disponga libremente, al disolverse la sociedad, de lo que ha aportado, de lo que ha adquirido y de lo que ha economizado. Es esta una sencilla aplicación del principio eterno de derecho: *suum cuique tribuere*. Pero este ideal, ¿es realizable? No. Constituye el nervio de la nación española la clase agrícola, y en ella nadie puede deslindar la parte de cada cónyuge y de los hijos en la creación del caudal común. No sirve, pues, que el legislador escriba la máxima sansimoniana, «á cada cual según su mérito», si elevada á precepto legislativo, resulta irrealizable, y es además semillero de discordias y de pleitos.»

Se ha dicho con razón que el régimen de gananciales es el más propio para la clase trabajadora, y el réginen dotal el más conveniente para las clases elevadas.

Tiene desde luego razón el Sr. Alonso Martínez. No siempre es lo más conveniente lo que al ánimo se presenta como más justo, y las leyes modernas tal vez aciertan cuando imponen la igualdad, que pues cada cónyuge ha de retirar su capital propio, menor ó mayor, y conservar, por lo tanto, su fortuna, la distribución de las ganancias por mitad no puede causar lesión de importancia más que en casos excepcionales, y casi siempre,

estimulando el interés de los cónyuges, será sólo su asignación un premio digno debido á su economía, previsión y laboriosidad, sin que pueda olvidarse, como hemos dicho antes, que más aún que el capital vale el trabajo y la inteligencia.

El sistema de gananciales, y entramos en el segundo doble argumento contra él, exige lógicamente en su esencia la necesidad del consentimiento del marido y de la mujer para los actos de disposición de los bienes comunes. Un condueño, ni á título de administrador, ni por ningún concepto, debe poder disponer de lo que no le pertenece por entero. Así se exige en Navarra y en Méjico, y así debe ser. Por otra parte, si los frutos, rentas é intereses del capital se declaran comunes, no cabe asignar el usufructo sólo al marido. Así, pues, si la mayoría de las legislaciones que aceptan el sistema de gananciales, disponen lo contrario, y se toma como base el derecho exclusivo del marido para disponer y para usufructuar, con la carga de cubrir todas las atenciones de la sociedad, tiene razón el Código de Alemania ó sus autores, y tienen razón los detractores del sistema de gananciales cuando lo desechan por hallarse en suma los intereses comunes en manos del esposo, no existiendo realmente comunidad. Preferible sería, no obstante, haber comprendido mejor el sistema dándole la solución adecuada á su naturaleza. Ganancias no es posible saber si existirán ó no, en un momento dado de la sociedad conyugal, porque eso dependerá de la liquidación que se gire al tiempo de la disolución. Pero los bienes é intereses comunes pueden conocerse en cualquier tiempo. Es común todo lo que no es privativo de alguno de los cónyuges, y puesto que la ley así lo declara, enhorabuena que el marido administre los intereses de la comunidad; pero para disponer debe exigirse la voluntad de ambos condueños.

Con esta medida, que es de esencia en el régimen, según nuestra opinión, queda desvirtuado en gran parte el argumento que en su contra se aduce. Resta lo relativo á la administración torpe ó descuidada del marido, y al peligro y desamparo en que por ello quedan los intereses de toda la familia. Este peligro no

es real, sino posible, ni es de tan desastrosos efectos como quiere suponerse, porque al lado de los bienes comunes, cuya disposición no es ya acto de administración, ni debe consentirse sólo al marido, como queda antes dicho, existen en el sistema de gananciales bienes privativos de cada cónyuge, que pueden ser y son de ordinario tan respetados en este sistema como en el dotal, y buena prueba de ello es el precepto que admiten casi todos los Códigos, de haber de reintegrarse ante todo, al disolverse la sociedad conyugal, las aportaciones de la mujer. Si nada aportó y nada recibe, queda la mujer en este sistema exactamente igual que en el de separación; ha trabajado en el vacío: nada gana, pero nada pierde. Y si los bienes de la mujer se venden, con su aquiescencia desde luego, para las atenciones ó necesidades de la familia, este triste efecto, motivado por la desgracia ó por la mala administración ó por lo que fuere, puede repetirse en el régimen dotal, si á la dote se quita su carácter de inalienabilidad, purgándola con ello de otros graves inconvenientes. En suma, sólo pueden peligrar los bienes comunes; sólo debe ocurrir que no haya ganancias, en caso de una mala administración.

En cuanto á otros argumentas que se hacen contra el sistema de gananciales, tales como el de que enfría el celo del marido en la administración de sus bienes, temeroso de que el fruto de sus afanes haya de pasar á los parientes de su mujer ó á un segundo marido, y que corrompe las dulces inclinaciones de la esposa haciéndola pensar en la fortuna que, gracias á la laboriosidad de su marido, puede reunir, revelan un desconocimiento tan grande de la influencia de la mujer en el hogar doméstico, y en el acrecentamiento de la fortuna familiar, y una oposición tan ciega y tan parcial, que apenas si merecen contestación.

Aun no habiendo hijos, caso que puede mirarse como una excepción, es un absurdo suponer al marido tan necio y tan desafecto á sus propios intereses y á los de su familia, que consienta en no ganar con tal de perjudicar á su consorte. El socio que no trabaja en interés de la comunidad, cuando él es uno de

los partícipes en las ganancias, porque otro no participe también, no es un compañero, es un enemigo; puede alguna vez soñarse, no suele encontrarse nunca en la realidad. La mujer que no ayuda, que no procura conservar el patrimonio de la familia, que cuida sólo de aprovecharse del fruto de la laboriosidad de su marido, es otro tipo ideal que por fortuna no suele encontrarse. Y hacer del interés de la mujer en la comunidad un fundamento para su falta de celo y cariño, es un contrasentido inexplicable, porque precisamente ese interés es una ventaja del sistema, un estímulo para que se una más á su esposo y trabaje en unión con él, un medio de procurar la prosperidad de la familia.

En resumen, el sistema de gananciales es de los más perfectos que se conocen. Lo que hemos dicho del sistema dotal hay que repetirlo en este lugar. Los pequeños defectos ó inconvenientes, que, más ó menos trabajosamente se señalan á una institución, no pueden servir para juzgarla con acierto, es preciso poner en frente todas sus ventajas y perfecciones, que pueden ser tales que ante ellas queden aquéllos desprovistos de importancia. Esas ventajas no hemos de repetirlas; resultan evidentes en la simple exposición de la doctrina.

SECCIÓN V

EXAMEN CRÍTICO DEL TÍTULO 3.º, LIBRO 4.º DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

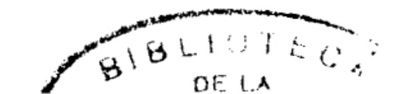
En el *contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio*, que lleva por epígrafe dicho título 3.º, como ya se ha visto, está comprendido el de *capitulaciones matrimoniales*, según la denominación del mismo Código, el cual por su importancia lo trata en primer lugar entre los demás contratos á que aquel epígrafe se refiere.

Con motivo de ese contrato especial que pueden otorgar los futuros cónyuges, el Código en los artículos 1315 al 1444 desarrolla un sistema completo de organización del patrimonio fa-

miliar, abarca todo lo relativo al régimen económico de la familia, y trata en capítulos separados, de las disposiciones generales, de las donaciones por razón de matrimonio, de la dote, de los parafernales, de la sociedad legal de gananciales y de la separación de bienes entre los cónyuges.

Enlazadas ciertamente estas ideas con el contrato de bienes con ocasión del matrimonio, aunque sumamente extensas y complicadas para materia de un contrato, no es raro que el Código legisle sobre ellas, dictando reglas especiales en todas las relaciones económicas normales de la sociedad conyugal. Bien mirado, lo mismo hace en la compra, en la sociedad, en el censo, en el depósito, y en general en todos los contratos. Tienen su naturaleza propia y determinada, la voluntad individual los crea y modifica sin alterar aquéllos, y la ley fija una porción de reglas aplicables en cada caso, no con la pretensión siempre de que no puedan ser cambiadas por la voluntad, sino para dar una norma fija y segura que supla y complete lo que los interesados estipulan en general ó no modifican claramente.

Pero á poco que se reflexione, se observa una diferencia importante. Las capitulaciones matrimoniales constituyen un contrato especialísimo y trascendental. Se establecen para una situación determinada de la vida, fuera de la cual no tienen razón de ser. Van íntimamente ligadas á la celebración del matrimonio, pues en todas sus partes se relacionan con este hecho, como necesario é imprescindible, quedando todo sin efecto, si el matrimonio no se realiza. Relacionan bienes de distintas procedencias, fijando su destino en el porvenir; marcan los derechos y las obligaciones de los futuros cónyuges, restringiendo ó ampliando las facultades que á cada cual competen en la familia; afectan á los derechos de terceras personas, tales como hijos ó donantes; contienen disposiciones por título lucrativo con efectos durante la vida, y aun por título oneroso por las prestaciones que suelen imponerse, y tocan á veces en las relaciones jurídicas por causa de muerte. Las capitulaciones, como dice el Sr. Durán y Bas, con relación á Cataluña, y puede decirse en general, aunque en



general no ostenten tanta amplitud como en dicha región, no son solamente un contrato, son un verdadero régimen.

Por esto precisamente, por que se trata de un verdadero régimen, la idea de comprender todo ese régimen con la extensión y con los efectos que le asigna la ley, entre los contratos, produce en el ánimo cierta extrañeza, cierta oposición al criterio legal, como si aun sin necesidad de ahondar más en la materia, protestase algo dentro de nosotros contra una intrusión evidente cometida por los legisladores, como si se comprendiese que á la forma más ó menos apropiada del acto se sacrifica en realidad toda su esencia y contenido.

Autores hay, como Díez Ulzurrum, que ensalzan el hecho de haberse llevado al libro de las obligaciones todo lo relativo al contenido de las capitulaciones matrimoniales. Otros, como Sánchez Román, combaten esa alteración bajo un doble punto de vista: se separan por una parte materias que deben ir unidas, como son las referentes á los efectos del matrimonio con relación á las personas de los cónyuges, y á esos mismos efectos con relación á los bienes; y se desconoce, por otra, la verdadera naturaleza de las obligaciones que se establecen. No deja de tener fundamento esta opinión.

Un régimen de la sociedad conyugal es siempre necesario. Al realizarse el matrimonio, inevitable y forzosamente nace una sociedad que para el cumplimiento de sus fines necesita medios ó elementos de vida, y necesita dirección, y exige reglas de administración, disfrute, disposición y destino de esos medios. No es preciso contrato como no se estime tal el matrimonio mismo. Aunque tal contrato no exista, y precisa y principalmente para cuando no exista, la ley tiene que dar las reglas á que la nueva sociedad formada debe acomodarse. Se trata real y verdaderamente de relaciones jurídicas que nacen por el matrimonio entre los cónyuges y respecto á terceros, en atención á los bienes que entran desde luego ó pueden ingresar después en la sociedad conyugal, relaciones que es lógico y natural se reglamenten por el legislador al tratar del hecho que les da origen, íntimamente

enlazadas con las relaciones personales y con cuanto al matrimonio se refiere.

En los demás contratos no ocurre nunca lo mismo. Son relaciones creadas por la voluntad sin carácter alguno necesario ligado á otro acto anterior que las haga inevitables. Lo mismo en la compra que en la hipoteca, é igual en la sociedad que en el censo ó en el arrendamiento, todas las relaciones nacen del contrato, y si no hay contrato, no existen derechos ni obligaciones, no existe nada que indique la necesidad de que intervenga el legislador.

Por eso, nuestro criterio en lo que afecta á las relaciones patrimoniales que forzosamente crea la sociedad conyugal, es que la ley debe regularlas al tratar del matrimonio, y como consecuencia de él, sin perjuicio de poder alterarse dentro de ciertos límites por la voluntad de los interesados. A su vez, al tratar de los contratos, es lógico incluir en ellos las capitulaciones matrimoniales, determinando sus reglas especiales de forma, capacidad, límites de estipulación y efectos, del modo que lo hace el Código en el capítulo I de este título, calificado de disposiciones generales, haciendo constar que, á falta de contrato, se aplicarán los preceptos que para ese caso establece la ley al tratar de los efectos del matrimonio con relación á los bienes.

Esta diversidad de criterios demuestra que la cuestión, después de todo, de puro plan de exposición y sin trascendencia jurídica importante, es dudosa. No se trata ciertamente de una irreflexiva copia del código de Napoleón, sino de la admisión de un criterio aceptado también en Portugal, en Italia, en Chile, Méjico, Venezuela y otros países. El legislador español, modestamente, no ha hecho más que seguir las huellas de la inmensa mayoría de los códigos. Si se equivoca, son muchos los equivocados con él.

El código de Alemania se ocupa de la materia en el libro consagrado al derecho de familia, distinguiendo el régimen legal y el contractual. Guatemala es otra excepción: los derechos de los cónyuges sobre sus bienes propios y comunes forman un

título en el libro destinado á las cosas, modo de adquirirlas y derechos que las personas tienen sobre ellas.

***

Basta de introducción, á la que hemos dado la extensión que tiene por la importancia de la materia; pasemos ya á examinar las disposiciones que contiene el presente título. Expondremos, con relación á cada artículo, sus precedentes, su comentario, la jurisprudencia y las concordancias ó diferencias con los Códigos extranjeros; y al final de cada capítulo examinaremos brevemente las legislaciones forales en todo lo referente al objeto propio del mismo.

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales.

Los arts. 1315 al 1326, que comprende este capítulo, constituyen el desarrollo de las bases 22 y 23, que establecieron los siguientes principios:

Base 22.—«El contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges, sin otras limitaciones que las señaladas en el Código, entendiéndose que cuando falte el contrato ó sea deficiente, los esposos han querido establecerse bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.»

Base 23.—«Los contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio se podrán otorgar por los menores en aptitud de contraerle, debiendo concurrir á su otorgamiento, y completando su capacidad las personas que, según el Código, deben prestar su consentimiento á las nupcias; deberán constar en escritura pública si exceden de cierta suma, y en los casos que no llegue al máximum que se determine, en documento que reuna alguna garantía de autenticidad.»

Como veremos, el Código respeta en su esencia el contenido de las bases transcritas.

La materia de las capitulaciones matrimoniales abarca su naturaleza y las condiciones esenciales para su validez relativas á la época de su celebración, á la capacidad, á la forma y al contenido.

En el Código no debe buscarse un orden perfecto, aunque bien pudiera hacerse en este capítulo alguna reforma.

Define el art. 1315 el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, fijando como régimen supletorio el sistema de gananciales. Después de él, como relacionado íntimamente con el mismo, debiera figurar el 1325, que se refiere al sistema que debe suponerse aceptado en los matrimonios que se celebran en país extranjero entre extranjera y español ó entre española y extranjero; y aun después el 1326, que completa la naturaleza de las capitulaciones matrimoniales, afectándolas á la condición suspensiva de que el matrimonio llegue á realizarse.

El art. 1320 con el 1315 fijan la única época precisa en que pueden otorgarse y modificarse las capitulaciones. Los 1318, 1323 y 1319 se refieren á la capacidad; los 1321, 1324 y 1322, á la forma, y los 1316 y 1317 al contenido.

Teniendo presente esta relación entre los artículos comprendidos en el capítulo que vamos á examinar, seguiremos, como es natural, en el comentario el orden establecido en el Código.

ARTÍCULO 1315

Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente á los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código.

A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.

A) *Precedentes legales.*—No faltan precedentes en nuestra patria al art. 1315, si bien en realidad el precepto, con el alcance que hoy tiene, sólo puede relacionarse directamente con el derecho aragonés, que es el único que de un modo expreso permite á los cónyuges estipular con libertad cuanto crean conveniente respecto al régimen de bienes en el matrimonio, y á los derechos y obligaciones de cada interesado. (Observancia 6.ª de *confesis*, 16 de *fide instrumentorum.*)

En Cataluña, las capitulaciones matrimoniales eran y son muy frecuentes, aunque establecidas por la costumbre y con un alcance extraordinario, como veremos en su lugar.

En Vizcaya también tienen excepcional importancia los pactos entre los futuros cónyuges y sus ascendientes, fijando, con arreglo á las especiales circunstancias de cada caso, las condiciones de la comunidad entre los esposos.

Las capitulaciones matrimoniales en Navarra tienen cierto carácter de necesidad, pero se limitan á hacer constar las aportaciones de los cónyuges, pudiendo á lo más modificar determinados efectos de las donaciones, dentro siempre del sistema legal allí establecido.

En Castilla han sido siempre rarísimos dichos contratos, y ni aun hoy ha logrado extenderse esa costumbre. Como dice el Sr. Alcubilla, antes del Código se formalizaban solemnemente las capitulaciones en el territorio sometido al derecho común para describir é inventariar el capital del marido y las aportaciones de la mujer; para hacer entrega de la dote de ésta como estimada ó inestimada; para constituir la garantía que había de asegurar su devolución; para fijar, en su caso, la cuantía de los bienes parafernales y conferir la administración de los mismos al marido ó á la mujer, y para dar arras á ésta y establecer si tal donación había ó no de entenderse como aumento de dote. Aun esto, sólo se practica entre cierta clase ó en determinadas localidades ó circunstancias.

La ley 30, tít. 11, Partida 4.ª, no tiene relación directa con nuestro art. 1315. Se limita á decir que si al constituir la dote

se conviene sobre su destino á la disolución del matrimonio, debe guardarse el pacto.

La ley 24 del mismo título y Partida, trata del convenio que hacen los esposos entre sí, para que el que sobreviva herede las donaciones ó las arras que se entregaron en el matrimonio, ó sobre la manera en que han de partirse las ganancias que resulten de la unión, disponiendo que se cumpla lo convenido aunque los cónyuges se trasladen á otro lugar en que no exista tal costumbre. Aunque incidentalmente, se reconoce la validez de ciertas estipulaciones relativas al régimen económico de la familia, cuya validez arranca de la ley 19, tít. 2.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, que decía: «E de las cosas que ganaron de que fizieron amos escripto, aya cada uno tal partida cuemo dixiere el escripto.»

La renuncia de los gananciales estaba permitida en la ley 223 del Estilo, y 60 de Toro.

Los arts. 1235 y 1236 del proyecto de Código de 1851 se expresaban así:

«Los bienes del matrimonio se gobiernan por las reglas de la sociedad legal, á falta de pacto expreso en contrario. Los bienes del matrimonio se componen de los propios de cada cónyuge y de los comunes, cuando los haya.»

«Los esposos pueden celebrar cualesquiera pactos que excluyan ó modifiquen la sociedad legal, y hacer otra cualquiera estipulación acerca de los bienes del matrimonio, con las modificaciones señaladas en este título.»

Como este proyecto no llegó á regir, ni tampoco el de 1882, resulta, como dijimos al principio, que el único precedente escrito verdad del art. 1315, porque se refiere en general al régimen económico en el matrimonio, y no á un pacto especial sobre las ganancias, está en las Observancias de Aragón.

Y sin embargo, el precepto de dicho artículo se imponía á los redactores del Código con una fuerza incontrastable. Las capitulaciones matrimoniales, con el sentido y alcance de estipular expresamente los cónyuges y con completa libertad cuanto

se refiere al régimen económico de la familia, han venido admitiéndose en todos los Códigos como expresión de un principio natural y justo, consagrado antes en muchos países, y reconocido en definitiva como el mejor en la materia por las modernas leyes de la civilización y del progreso. En nuestra patria, con más ó menos alcance, las capitulaciones matrimoniales se conocían y practicaban en Aragón y Cataluña, en Vizcaya y en Navarra. Nuestro Código, que aspiraba á favorecer la unidad de la legislación civil en España, y que no podía aparecer como una nota discordante y como muestra de retroceso entre las leyes modernas de Europa y América, no pudo menos de aceptar el principio y redactar, de acuerdo con la base 22, el art. 1315.

B. *Comentario.*—En tres partes podemos descomponer el precepto del art. 1315. Una que determina el concepto de las capitulaciones matrimoniales. Otra que consagra como primera regla en la materia la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges, y otra que impone como supletorio el régimen de gananciales.

I.—*Concepto del contrato de bienes con ocasión del matrimonio.*

Las capitulaciones matrimoniales constituyen, según el artículo 1315, un contrato celebrado por los que van á unirse en matrimonio, para fijar las condiciones de la sociedad conyugal relativamente á los bienes presentes y futuros.

Reconócese aquí en primer término que el contrato se otorga por las personas que van á unirse en matrimonio, ó sea sólo por los futuros contrayentes. Si asisten en estos contratos sus padres ó tutores, es sólo para suplir la falta de capacidad de los esposos, con arreglo al art. 1318. Si el contrato se otorga por el marido y la mujer ya casados, no hay verdaderas capitulaciones matrimoniales. Esta idea está bien marcada en el Código, por lo que en el mismo art. 1315 se exige que las capitulaciones se celebren *antes* de verificarse el matrimonio.

Exprésase después el objeto y fin del contrato: fijar las condiciones de la sociedad conyugal relativamente á los bienes, esto

es, determinar los efectos que va á producir el matrimonio con relación á los bienes, marcar las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con respecto á terceros, precisar las reglas que han de regir en la asociación conyugal en cuanto á los bienes afecta. Esto es lo lógico y natural. Se trata sólo de los llamados en Cataluña *pactos nupciales*.

Los cónyuges futuros pueden, por tanto, en primer término, establecer el régimen económico que ha de presidir en la sociedad conyugal, determinando los bienes que aporta cada uno, las reglas relativas, dentro de cada régimen, á su propiedad, disfrute y administración, y al destino que les corresponde á la disolución del matrimonio, las que se refieren á los bienes futuros posibles, alcance de la comunidad en su caso, forma de distribución, etc.

En cuanto á los sistemas que cabe escoger para la organización del patrimonio familiar, nos referimos á lo expuesto en la introducción de este título. Todos son admisibles en el amplio criterio de libertad en que se inspira la ley, así como todas las combinaciones compatibles entre unos y otros sistemas. Expresamente se refiere al pacto de separación de bienes el art. 1432.

Tal es el contenido propio de las capitulaciones matrimoniales. Dentro de él, toda estipulación que no se refiera directamente al nacimiento, vida ó extinción de la sociedad conyugal, es materia extraña al contrato especial que nos ocupa. Después de liquidar esa sociedad con arreglo á las bases pactadas, y determinado el capital correspondiente á cada parte ó á sus herederos, las facultades que puedan concederse al viudo con relación á los bienes propios y determinados del cónyuge premuerto, escapan á la esfera de acción natural del contrato, constituyen en realidad un acto distinto.

¿Se opone á esta solución el art. 831 del Código, con arreglo al cual y como excepción puede pactarse en las capitulaciones matrimoniales que muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo ó viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir á su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejo-

rar en ellos á los hijos comunes? No tal: por expresa disposición de la ley es válido ese pacto cuando se hace en capitulaciones matrimoniales; pero esto no quiere decir que sea ese el objeto especial y propio del contrato, sino que en él cabe incluir esa estipulación, sea más ó menos extraña al referido objeto.

Es frecuente que en las capitulaciones intervengan los padres de los desposados, como contrayentes, haciendo determinadas donaciones á sus hijos, con ó sin pacto de reversión, constituyéndose pensiones, haciendo mejoras con arreglo al art. 827, ó prometiéndolas, etc. ¿Són válidas estas estipulaciones? ¿Deben contenerse dentro de ciertos límites?

Estas estipulaciones se gobiernan por sus reglas especiales. Están ciertamente relacionadas con el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, pero no forman el objeto propio del mismo; de donde resulta: primero, que pueden constar dichas estipulaciones por separado; segundo, que no constituyen por sí solas capitulaciones algunas, y tercero, que éstas subsisten sin ellas perfectamente.

Pero la ley no prohibe que con el acto de las capitulaciones se mezclen otros relacionados con las mismas, consignándose todo en un solo documento, y así acostumbra á hacerse en Cataluña, Vizcaya y alguna otra región con perfecta validez, atendiendo á la evidente relación de unos actos con otros y á la conveniencia. El art. 1329 concede expresamente esa facultad.

Esto no quiere decir que en las capitulaciones matrimoniales quepan toda clase de actos. Se trata de un contrato, y como tal, ha de revestir la forma de los mismos, las solemnidades propias de tal acto. Cabe que se mezclen otros contratos más ó menos relacionados con el principal; no cabe disposición alguna por causa de muerte.

Recuérdese cuanto quedó establecido en el tomo 5.º respecto á la distinción entre las donaciones á término ó con condición suspensiva en relación á la muerte de una persona, y los legados ó donaciones revocables; cuyos efectos nacen y arrancan precisamente del hecho de la muerte. Aquéllas caben en las ca-

pitulaciones matrimoniales, éstas no. Lo estipulado en dichas capitulaciones es irrevocable, porque si no, no se trataría de un contrato, sino de un acto de última voluntad que exige solemnidades distintas, si bien es irrevocable en el sentido propio y natural de esta palabra, en el sentido de no poder revocarse por la sola voluntad más ó menos arbitrariamente, lo cual no obsta á que pueda quedar sin efecto la estipulación, por cumplimiento ó incumplimiento de condiciones.

Así, aun sin salvar los límites del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, pueden estipular válidamente los cónyuges, que de los bienes propios, presentes ó futuros, del que premuera, tome una parte el sobreviviente, lo cual puede ser una condición de la sociedad conyugal, siempre que esa parte no perjudique la legítima de los herederos forzosos. Fuera de esos límites, pero en el mismo acto, cabe que los padres hagan á sus hijos ó los abuelos á sus nietos, donaciones condicionales subordinadas á la fecha de la muerte, ó con pacto de reversión, ó á término, ó que se constituyan mejoras irrevocables, ó que se conceda la facultad especialísima á que se refiere el art. 831. No cabe institución de herederos, ni mandas, ni donaciones, ni mejoras, ni acto alguno esencialmente revocable por su naturaleza ó por los efectos que debe producir.

Dentro de la esfera propia del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, la ley concede á los interesados toda la libertad compatible con la moral y con el derecho, como tendremos ocasión de examinar.

II.—*Libertad de estipulación.*

Como hemos hecho constar en la introducción de este título, cada país, y aun á veces cada región dentro de un país, tiene arraigado en sus costumbres un sistema determinado en cuanto á las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, en armonía con el modo de ser de la familia misma; pero, á pesar de esto, la imposición de ese sistema como único por las leyes de una nación, ó aun simplemente el reconocimiento como legal y único tam-

bién en cada región del sistema más usual en ella, constituiría una tiranía innecesaria y absurda. El arraigo de una determinada costumbre, el sistema más usual de una nación ó de una comarca, no excluye la admisión dentro de la misma por cierto grupo mayor ó menor de familias, ó, en casos especiales, de otro sistema distinto. Familias oriundas de otras regiones, nuevas ideas adquiridas con los viajes ó los estudios, circunstancias determinadas relativas al importe de los respectivos capitales de los cónyuges, á sus especiales condiciones de carácter, inteligencia ó conducta, á la carrera ó profesión del marido, á la procedencia ó condición de los bienes, etc., determinan modificaciones más ó menos importantes en el régimen que los interesados crean conveniente establecer y la ley debe respetar. Y como este respeto ó tolerancia á la libertad individual y al principio de libertad de estipulación que lleva consigo, en nada ataca ni ofende á las costumbres ó usos especiales de cada país, puesto que éstas coexisten perfectamente con aquella libertad, la ley que respeta el pacto de los cónyuges representa un adelanto, una mejora, un bien, que en todo favorece á la familia y en nada la perjudica.

El Código, rindiendo culto á estos principios, aceptándolos como indudablemente buenos, siguiendo el sistema de los Códigos de otras naciones, y tendiendo á la unificación de la ley civil en nuestra patria, admite, pues, la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges en todo lo relativo al régimen económico de la familia que se va á constituir, en el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, á que da el nombre de capitulaciones.

La materia ó contenido de las capitulaciones matrimoniales se presta desde luego admirablemente á la forma del contrato. No cabe la convención en lo relativo á las relaciones personales de los cónyuges entre sí y con respecto á los hijos, como derivadas de la misma naturaleza de la institución matrimonial, encerrada en precisos moldes de afecto y protección ó mutuo auxilio, fidelidad, deberes de alimentación, educación é instruc-

ción, etc.; en suma, de naturaleza más moral qne jurídica. Pero sí cabe en todo lo relativo á las relaciones patrimoniales, ó con respecto á los bienes que se reunen para constituir la propiedad de la familia.

Admitido el contrato en estas relaciones, forzoso era admitir en él la misma libertad que en los demás. Si alguna excepción debiera establecerse, dice Diaz Ferreira comentando el Código portugués, habría de ser en favor de las capitulaciones matrimoniales.

Los que se unan en matrimonio, dice el art. 1315, podrán otorgar sus capitulaciones, antes de celebrarlo, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código.

La libertad de estipulación no es, por tanto, absoluta; se concede con ciertas limitaciones, y se concede en determinada situación, antes del hecho de la celebración del matrimonio. Estas limitaciones representan la necesaria intervención de la ley en el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio.

La intervención de la ley, como dice Fiore, puede manifestarse de dos modos muy distintos: bien prohibiendo ó declarando ineficaces ciertas estipulaciones como contrarias al orden público, á la moral ó á las buenas costumbres, ó bien supliendo las omisiones ó el silencio de los interesados, mediante la fijación de las reglas que deben aplicarse en cada caso no previsto por ellos. Bajo este segundo aspecto, la ley se limita á completar la manifestación de la voluntad de las partes en cuanto aparece imperfecta ó deficiente; bajo el primero, la ley sustituye á esa voluntad su precepto imperativo ó prohibitivo.

Por regla general, todas las disposiciones del título del Código que nos ocupa, en sus capítulos 2.º al 5.º, pertenecen á la categoría de reglas supletorias, que en tanto rigen, en cuanto expresamente los interesados no las modifiquen si son susceptibles de modificación. Así, al decir la ley que el marido es el administaador de los bienes dotales y de los de la sociedad conyugal, que son bienes comunes las adquisiciones hechas á título oneroso por los cónyuges durante el matrimonio, que los ganan-

ciales han de dividirse por mitad, que ante todo se reintegren las aportaciones de la mujer, que ésta administre determinados bienes, etc., expresa sólo su criterio; criterio que puede ser válidamente contradicho por la voluntad de las partes, determinando en cada caso una regla distinta.

En cambio, cuando la ley prohibe la renuncia de la legítima por los herederos forzosos, ó la privación ó gravamen de esa legítima, ó la disolución del matrimonio fuera de los casos de muerte ó nulidad, ó la modificación de las capitulaciones después de realizada la unión, ó el régimen de gananciales cuando los cónyuges se casan sin el consentimiento de sus padres, ó exige determinada capacidad ó requisitos para la celebración del contrato, ó veda en general los pactos contrarios á la moral y á las buenas costumbres, impone su criterio al de los interesados, determina lo que ha de ser, esté ó no conforme con ello la voluntad de los contrayentes.

La libertad es, no obstante, la regla; la prohibición es la excepción. Dados los términos en que aparece redactada la base 22 y el art. 1315, la interpretación de los preceptos legales en la materia debe inspirarse en un criterio expansivo, favorable á la libertad de estipulación.

Los artículos 1316 y 1317 se refieren expresamente, aunque en términos generales, á las limitaciones puestas por la ley á esa libertad.

Pero el mismo art. 1315 contiene una importantísima, que afecta á la esencia del contrato. Las capitulaciones matrimoniales han de otorgarse antes de la celebración del matrimonio, y por tanto, por personas que van á casarse ó que no se han casado aún. Si después de celebrado el matrimonio, los cónyuges otorgan algún contrato, ese contrato no constituye en realidad capitulaciones matrimoniales; no es precisamente que sean nulas, es que no existen, porque para su existencia requiere la ley la intervención de personas determinadas y prefija un tiempo, y en aquel contrato el tiempo es diferente y las personas distintas.

La inmensa mayoría de los códigos exigen el mismo requisito: las capitulaciones matrimoniales han de otorgarse antes de la celebración del matrimonio, sin que puedan ni aun modificarse después. Constituyen una excepción más ó menos amplia, como veremos en su lugar, Méjico y Alemania, y las costumbres en Cataluña.

¿Cuál es la razón de este precepto? La ley quiere que el consentimiento se preste con entera libertad; teme que durante el matrimonio esa libertad no exista, por el ascendiente de un esposo sobre otro, por el cariño ó por la fuerza. Estima además que las capitulaciones son un contrato de excepcional importancia, cuyo conocimiento interesa á terceros, pues para contratar necesitan saber el régimen aceptado por los esposos, quién tiene la propiedad y la administración de los bienes, y con qué condiciones, y de aquí el precepto del Código en este artículo y en el 1320, que prohibe toda alteración posterior.

Bastan por ahora estas indicaciones. En el comentario del art. 1320 estudiaremos más detenidamente cuanto se relaciona con esta cuestión.

III.—*Régimen legal supletorio.*

«A falta de contrato sobre los bienes, termina el art. 1315, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.»

El Código supone que celebrándose contrato, ha de determinarse en él, el régimen de la sociedad conyugal, ó al menos se han de fijar reglas precisas de las que claramente se deduzca. Por esto, lo que del precepto se infiere literalmente es que, si hay contrato, rige lo establecido en él, y si no lo hay, impera la sociedad legal de gananciales.

Pero cabe que haya contrato y no se determine régimen especial alguno, limitándose á hacer constar las aportaciones de cada cónyuge, la administración por el marido, la hipoteca que asegura la devolución de los bienes de la mujer, ú otro extremo

más ó menos secundario, que no implique la adopción ni la exclusión clara de ningún sistema.

A este caso también se refiere el artículo. Lo esencial no es que falte un contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, sino que falte una convención expresiva del régimen que se adopta, que no conste la voluntad de los interesados en punto tan esencial de las capitulaciones. La ley impone un sistema determinado cuando las partes no fijan ninguno. Este es el sentido y alcance de la última parte del art. 1315. La base 22 se refiere expresamente á este caso al imponer el sistema de gananciales, ya por no haber contrato, ó por ser éste *deficiente*, esto es, por no determinar el régimen que escogen los interesados.

Ahora bien: si los interesados no establecen un régimen, pero excluyen expresamente el de la sociedad de gananciales, no cabe la aplicación del artículo que examinamos, porque aunque imperfectamente se fija un régimen distinto al legal. Imponer éste, sería contrariar de un modo manifiesto la voluntad de las partes, la libertad de la estipulación. Por eso, en tal caso, dispone el art. 1364 las reglas que se han de seguir, que, como veremos en su lugar, son las legales referentes á la dote.

Otro tanto puede decirse cuando la mujer ó sus herederos renuncien en tiempo oportuno á dicha sociedad. Esta no puede producir efectos porque no la quieren de un modo unánime las partes. Ha de aplicarse el art. 1364.

Y no hay que olvidar en este lugar el precepto excepcional del art. 50, con arreglo al cual, aun contra la voluntad de las partes, impone la ley el régimen de separación de bienes, á los que se casan contraviniendo el precepto del art. 45.

En resumen, según se deduce del art. 1315, la sociedad de gananciales puede ser voluntaria ó legal.

Es voluntaria, cuando los interesados libremente la estipulan en sus capitulaciones matrimoniales.

Es legal, cuando no existen capitulaciones, ó no se estipula ni se excluye en ellas régimen alguno. No existen capitulacio-

nes matrimoniales cuando son nulas, de lo cual es una aplicación el segundo párrafo del art. 1318.

Como excepciones, existen otros sistemas legales distintos al de gananciales, en los casos de que los interesados se casen contraviniendo el precepto del art. 45 (separación de bienes); y cuando no se determine el régimen que ha de regir, excluyendo, no obstante, el de gananciales, ó la mujer ó sus herederos renuncien éstos en tiempo oportuno (art. 1364, régimen dotal).

Tenemos, pues, que la ley impone como necesario el sistema de gananciales, cuando las partes no le excluyen, ni establecen ningún sistema determinado, siempre que por otra parte no proceda la aplicación del art. 50.

¿Hubiese sido preferible en tales casos admitir como legal otro sistema, ó no fijar ninguno?

Sociedad conyugal sin régimen económico alguno no es posible. No fijar la ley algún régimen como supletorio ante el silencio de las partes sobre tan esencial extremo como el de sus relaciones patrimoniales en el matrimonio, ó es un absurdo, ó equivale á imponer la separación, y aun ésta no hay razón para que se suponga, si ningún precepto escrito la establece.

Los Códigos de Portugal y Holanda imponen como supletorio el régimen de comunidad absoluta; los de Francia y Bélgica el de una comunidad relativa, limitada á las utilidades, á los bienes muebles y á los inmuebles adquiridos durante el matrimonio; los de Italia y Austria suponen la separación; el de Alemania el sistema de comunidad de administración; los de Chile, Méjico, Guatemala y Venezuela, con más ó menos extensión, el régimen de gananciales. Lo natural es suponer que cuando los interesados no determinan expresamente un régimen especial distinto al más usual en el país, aceptan éste, por lo que la ley mejor es la que suple la voluntad de las partes, interpretando sus deseos en el sentido más lógico, más racional, y más conforme al modo de ser de la familia en el país.

En España existían diversos sistemas, pero el más usual era

el de gananciales; de modo que aun tratándose de un Código de aplicación general en todas las regiones de la Península, hubiera el legislador preferido ese sistema, y se prefirió por lo mismo, aun tratándose de procurar la unidad, porque no hubiera habido razón alguna importante para imponer ante el silencio de las partes el régimen dotal de Cataluña, ni el de comunidad de Vizcaya. Respetándose las legislaciones forales, y admitida la libertad de estipulación, no se ofenden en lo más mínimo los sentimientos de ninguna región.

A pesar de esto, el Sr. Durán y Bas encuentra poco acertado al Código civil en esta solución. La ley, dice, justificando el sistema italiano, «debe ser enteramente neutral, permitiendo la libre contratación, y en caso de silencio de los cónyuges al contraer matrimonio, no debe presuponer ningún régimen como legal, ni el sistema dotal ni la sociedad de gananciales; si no hay estipulación de las partes, cada cónyuge dispondrá libremente de sus bienes, y los de la mujer quedarán en la condición de parafernales». «En la misma Francia, añade, escritores tan respetables como Le-Huc, Boissonade y otros, recomiendan el sistema italiano, que rechaza una presunción de voluntad en una materia cuyas reglas y consecuencias desconocen generalmente, al celebrar matrimonio, las partes.»

Creemos injusta y poco razonada esta crítica. La separación de bienes en el matrimonio no deja de ser un sistema, é imponerlo como natural y corriente en un país que no lo practica, fundándose en el principio de neutralidad legal, nos parece que ni es neutral ni justo. Autores franceses mucho más conocidos y numerosos que los que se citan, defienden el sistema francés, y á título de desconocimiento al casarse de las reglas y consecuencias de un sistema legal, no cabe establecer como precisa la separación. Si los cónyuges desconocen las reglas y consecuencias de un sistema que es el usual y corriente en el país y en sus costumbres, y que pueden estudiar tan perfectamente en la ley como en un contrato escrito, con mayor motivo deben desconocer las reglas y consecuencias de un régimen de sepa-

ración, que ni se aviene con la naturaleza del matrimonio, ni con el modo de ser de la familia castellana.

Fiore es un enamorado del régimen dotal, que es desde luego más usual en Italia que el de comunidad en las ganancias, y sin embargo, comentando el Código civil italiano, alaba el precepto del Código español, y entiende que el verdadero sistema supletorio, á falta de convención entre los cónyuges, debe ser siempre el de gananciales. No podemos resistir la tentación de copiar sus elocuentes frases, con las que estamos conformes, y tienen aún más fuerza con aplicación á España, cuyo régimen más común es el aceptado por el legislador en la última parte del art. 1315.

«Las leyes, dice Fiore, que regulan el contrato de bienes en el matrimonio, no se han hecho para la clase pobre: ¿qué le importa que haya comunidad ó separación de intereses, si nada posee? ¿A qué hablar de dote ni de autorización marital á quien no tiene bienes en que esa dote pueda ser constituída ó con relación á los cuales deba pedirse esa autorización? La clase pobre vive al día con el producto de su trabajo, nada ahorra, nada suele transmitir á sus hijos. Pero, por fortuna, no es raro el caso en que el proletario logre ascender por cualquier medio en la fatigosa escala social. Las instituciones modernas de protección, el ahorro y la asociación cooperativa, la democrática organización de la propiedad inmueble y su fraccionamiento, y la importancia de la propiedad mobiliaria, hacen posible, hoy más que en lo antiguo, un cambio en la condición económica de la persona. Es evidente que en estos casos, la comunidad de intereses entre los cónyuges independientemente de todo contrato, sería mucho más ventajosa que la separación de bienes que se impone por nuestro Código civil.

»Esta familia que eleva al proletario á una condición de relativo bienestar mediante la acumulación de alguna ganancia, no ha preocupado la mente del legislador todo lo que sería necesario. Para ella el régimen de la comunidad hubiera sido una prevención justa y oportuna, mientras que el régimen de la se-

paración de intereses, tácitamente marcado en el Código, se resuelve en una manifiesta injusticia y produce á la mujer gravísimo daño, constituyéndola de hecho en una condición de notable inferioridad, al par que en teoría se la proclama la compañera del hombre, se la asignan iguales derechos y se la imponen los mismos deberes.

»Cuando una familia obrera hace alguna ganancia y conquista cualquier posición, este resultado debe atribuirse, en la mayor parte de los casos, á la mujer. Ella es la que con sus aptitudes especiales introduce el orden y la economía en el hogar doméstico, ella es la que alienta y cultiva en su marido la tendencia beneficiosa hacia el trabajo y el ahorro, que son factores importantísimos de la prosperidad familiar, y á su benéfica influencia debe la familia su naciente fortuna. Esto no obstante, al contraer matrimonio se reserva á la mujer una parte insignificante de los intereses de la familia; cuanto se encuentra en la casa conyugal es considerado como propiedad del marido; la mujer honrada nominalmente con el título de compañera, es considerada de hecho poco menos que una esclava, y representa en la sociedad un puesto secundario. Si nada ha aportado al matrimonio, ó si algo ha aportado sin formalizar un contrato de dote, nada toma para sí, ni aun el fruto recogido con su cuidado personal y con su industria, debiendo asistir en silencio á la dispersión de una fortuna que le pertenecía, y que era debida á su desinteresado trabajo y á su benéfica influencia en el seno de la familia.

»Á tan graves inconvenientes y á tan manifiesta injusticia provee la comunidad legal entre los cónyuges. Nuestro Código permite, es cierto, estipularla en el contrato matrimonial; pero como el matrimonio de la clase trabajadora no es natural que vaya acompañado de contrato, como la estipulaoión en forma pública es costosa, las disposiciones del Código son letra muerta.» Para la clase rica, añade en sustancia, el contrato y el régimen dotal; para la clase trabajadora, en que los bienes son de ordinario ganancias del matrimonio, la comunidad en las utilidades,

nunca la separación. ¿Por qué en una sociedad compuesta de dos partícipes, los productos del trabajo común y de los comunes sacrificios han de atribuirse á uno solo?

El Sr. Alonso Martínez, atendiendo á otro punto de vista, dice sobre este particular lo siguiente:

«El sistema de gananciales tiene en su apoyo la filosofía del derecho, la simpatía de la inmensa mayoría de los jurisconsultos nacionales y de muchos extranjeros, y lo que para el caso vale más que todo esto, las costumbres, sentimientos y tradiciones del pueblo español, con la sola excepción de Cataluña, y no de toda Cataluña, puesto que, como ya queda indicado, en el campo de Tarragona, Tortosa, Lérida y Valle de Arán, existe muy generalizada la sociedad de gananciales.

»El conflicto entre el derecho común y la legislación *particularista* de una gran parte de Cataluña, se resuelve por el criterio de la libertad en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales... Que opte el catalán por el sistema que quiera, en la seguridad de que el Gobierno y los Tribunales han de respetar su voluntad. Pero si no quiere utilizar este derecho de *opción* é invitado á hablar, calla, menester es que sepa á qué régimen han de estar sometidos los bienes de la nueva familia que se crea, pues no han de quedar en lo incierto sus obligaciones y derechos.»

Y, en resumen, sienta después el mismo autor las siguientes conclusiones, con las que estamos de acuerdo: «1.°, que en cualquier hipótesis, partiendo de la libre contratación, hay que proveer al caso de que los contrayentes no usen de esta libertad, limitándose á enumerar en las capitulaciones matrimoniales los bienes que uno y otro aporten al matrimonio, si por ventura hacen alguna aportación; 2.°, que en el silencio de los esposos es indispensable que la ley determine y desenvuelva el régimen á que han de quedar sometidos los bienes, y las reglas á que ha de sujetarse, al disolverse el matrimonio, la liquidación y distribución del haber conyugal; y 3.°, que supuesta la necesidad de un régimen legal, la Comisión codificadora ha obrado cuerdamente

en decidirse por el de gananciales, que es el más recomendable á la luz de los principios jurídicos, y el más conforme á las costumbres y tradiciones de la nación española, sin excluir á las provincias de Navarra y de Aragón.»

Plantea el Sr. Alonso Martínez en uno de los párrafos transcritos una importante cuestión, que resuelve sin abrigar duda alguna, á pesar de no habérsele podido ocultar su interés y trascendencia. El catalán que se casa sin otorgar capitulaciones matrimoniales, ó sin determinar en éstas el régimen económico que ha de regir en la nueva familia, queda sujeto al imperio de la última parte del art. 1315, y, por tanto, se entiende que acepta la sociedad legal de gananciales. En el comentario del artículo 1325 nos ocuparemos de esta cuestión.

C. *Jurisprudencia.* — Según la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Mayo de 1894, el art. 1315 no exige documento público para la prueba de que determinados bienes de la mujer son parafernales. Examinaremos en lugar más oportuno esta sentencia.

La Resolución de la Dirección general de los Registros de 4 de Mayo de 1902, declara que la inscripción de un crédito á favor de la mujer no prejuzga su condición jurídica, pues ésta depende de los pactos libremente establecidos por las partes con arreglo al art. 1315, ó en su defecto, de las disposiciones del Código civil.

D. *Códigos extranjeros.*—Quedó expuesto en la introducción de este título, cuanto en dichos Códigos se relaciona con nuestro art. 1315. Sólo procede en este lugar marcar los artículos de los que resulta en cada uno de ellos la concordancia ó la diferencia en cuanto al régimen supletorio. De ordinario se marca el sistema legal, y después se permite cambiarlo ó modificarlo en las capitulaciones matrimoniales.

Chile.—Arts. 1715 y 1718.

Colombia.—Arts. 1771 y 1774.

Méjico.—Arts. 2102 y 2112.

Guatemala.—Arts. 1090 y 1185.

Venezuela.—Arts. 1360, 1361 y 1369.

Aceptan los Códigos anteriores como régimen supletorio el de gananciales, dando más ó menos amplitud á los bienes comunes, y afirmando más ó menos, como veremos en su lugar, el derecho de administración de todos los bienes por el marido.

Francia.—Arts. 1387, 1393 y 1394.

Bélgica.—Los mismos artículos.

Régimen supletorio, el de una comunidad extensiva á todos los muebles y á los inmuebles adquiridos durante el matrimonio.

Portugal.—Arts. 1096 y 1098.

Holanda.—Arts. 194 y 174.

Aceptan como sistema legal ambos Códigos la comunidad absoluta.

Austria.—Arts. 1217 y 1237.

Italia.—Arts. 1378 y 1382.

Expresamente en el primero, y de un modo tácito en el segundo, á falta de estipulación entre los interesados, se impone la separación de bienes.

Alemania.—Arts. 1432 y 1363.

«Por el hecho solo del matrimonio, dice este último, quedarán sometidas á la administración y al disfrute del marido, las aportaciones de la mujer», comprendiéndose en ellas los bienes que adquiere durante el matrimonio.

ARTÍCULO 1316

En los contratos á que se refiere el artículo anterior no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario á las leyes ó á las buenas costumbres, ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia á los futuros cónyuges.

Toda estipulación que no se ajuste á lo preceptuado en este artículo se tendrá por nula.

ARTÍCULO 1317

Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores, las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán á los fueros y costumbres de las regiones forales y no á las disposiciones generales de este Código.

A. *Precedentes legales.*—No los hay concretos en nuestra patria, lo cual no es de extrañar no habiéndose legislado hasta ahora especialmente sobre el contrato de bienes con ocasión del matrimonio. Pero, en general, como al fin se trata de un contrato, pueden consultarse, en relación al art. 1316, los precedentes del 1255, con el que guarda evidente analogía.

El tít. 4.° del libro 2.° del Digesto, que trata de *pactis dotalibus,* aunque sólo con relación al régimen dotal, suele citarse como precedente romano.

El proyecto de Código de 1851, algo menos lacónico y de espíritu más restringido que el Código vigente en esta materia, contenía los siguientes artículos relacionados con el que nos ocupa:

«Art. 1239. Serán nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes ó buenas costumbres, los depresivos de la autoridad que respectivamente les pertenece en la familia y los contrarios á las disposiciones prohibitivas de este Código y á las reglas legales sobre divorcio, emancipación, tutela, privilegios de la dote y sucesión hereditaria.»

«Art. 1237. No pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por los fueros ó costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias ó comarcas del Reino.»

«Art. 1240. Será igualmente nulo cualquier pacto que privare directa ó indirectamente al marido de la administración de los bienes del matrimonio.

»Sin embargo, podrá estipularse en favor de la mujer la facultad de percibir directamente, y en virtud de simple recibo suyo, una parte de las rentas para sus atenciones personales, comprendidas bajo el nombre de alfileres.»

Es de advertir que dicho proyecto no admitía la existencia de bienes parafernales, ni consentía el pacto de separación de patrimonios.

B. *Comentario.*—Como queda expuesto en el comentario del artículo anterior, la ley interviene en el contenido del contrato con ocasión del matrimonio, bajo dos diferentes aspectos: supliendo ó completando la voluntad de las partes en cuanto fuere incompleta ó deficiente, en cuyo caso se limita á interpretar sus deseos; ó prohibiendo determinados pactos ó estipulaciones, caso en el cual sustituye sus preceptos á aquella voluntad é impone su criterio, anulando la estipulación en contrario.

Los artículos 1316 y 1317 se refieren á la intervención de la ley bajo este último aspecto, y completan con estos preceptos y los relativos á la época, capacidad y forma del contrato, el pensamiento del legislador al conceder en el art. 1315 la libertad de estipulación con *las limitaciones* expresadas en el Código.

Estas limitaciones, á su vez, son unas de carácter general y otras especiales, pudiendo descomponerse en tres grupos:

1.º Limitaciones generales que se fundan en la precisa distinción que marca la ley entre los actos *intervivos* y *mortis causa*, ó sean las que separan las donaciones verdaderas y los contratos, de los actos de última voluntad.

2.º Limitaciones generales impuestas á todos los contratos, aun dentro de su propia esfera de acción.

3.º Limitaciones especiales inherentes al contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio.

Como ya quedó expuesto, la regla general es la libertad de estipulación; las prohibiciones constituyen la excepción. Los preceptos legales en la materia deben interpretarse con un criterio extensivo.

I.—*Limitaciones generales.*

Las capitulaciones matrimoniales constituyen un contrato, y como tal contrato, obligan á los interesados y á sus herederos. Los pactos y condiciones que se estipulen no pueden revocarse por la sola voluntad de las partes, porque esto equivaldría á salvar la línea que separa el contrato del testamento.

En el artículo anterior, al fijar el concepto de las capitulaciones matrimoniales y su alcance, hemos examinado esta cuestión. Creemos suficiente lo expuesto en dicho lugar sin descender á más pormenores.

Dentro del límite fijado á los contratos, la ley establece en general limitaciones en el art. 1255 y en otros varios, á cuyo comentario nos remitimos. El art. 1316 en su primera parte repite el precepto general del 1255. Los contratantes nunca pueden estipular nada contrario á las leyes ó al orden público, á la moral ó á las buenas costumbres.

Con relación á las capitulaciones matrimoniales, es extensa la esfera de acción de estas limitaciones, pero tienen un carácter especial que obliga á incluirlas en el grupo siguiente.

II.—*Limitaciones especiales.*

Son pactos prohibidos en este contrato:

1.° Los contrarios á la naturaleza y fines del matrimonio, á la libertad y derechos del individuo, ó en general, á la moral y buenas costumbres.

2.° Los que contravienen preceptos legales de carácter prohibitivo ó imperativo.

3.° Los que sean depresivos de la autoridad que respectivamente corresponde en la familia á los futuros cónyuges.

4.° Las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán á los fueros y costumbres de las regiones forales.

1.° *Pactos contrarios á la moral y á los derechos del individuo.*—Son nulos como contrarios á la naturaleza y fines del matrimonio,

los pactos relativos á considerar disuelta la unión por causas distintas de la muerte real ó presunta, ó de la nulidad, y los que relevan á alguno de los cónyuges de sus deberes morales para con el otro, ó respecto á sus hijos, ó de sus obligaciones de alimentar y educar á la prole.

Como contrarias á la moral ó á las buenas costumbres, pueden señalarse las estipulaciones referentes á fijar como pena de la infidelidad una multa en dinero ó especies, á privar á los cónyuges del derecho de pedir la separación en caso de adulterio, y otras análogas de naturaleza repugnante ó vergonzosa, como las que envuelvan una compra del esposo ó de la esposa, ó del consentimiento de los padres, etc.

Pueden citarse como pactos contrarios á la libertad y derechos del individuo, los que prohiben al cónyuge sobreviviente contraer segundo matrimonio, ó vivir con sus padres, los que imponen el aislamiento y reclusión de la mujer, y en general, los que impidan ejercitar cualquier derecho individual que á los esposos corresponda.

2.° *Pactos contrarios á las leyes prohibitivas.*—Las limitaciones á que nos hemos referido anteriormente, tienen bien marcado su especial carácter y esfera de acción, así es, que no ofrecen en general duda. No ocurre lo mismo con los de este grupo, que se fundan en la infracción de preceptos legales, porque estos todos dictan una regla, pero no siempre es de tal naturaleza que haya de imponerse en absoluto á la voluntad de los interesados. Muchas de ellas, sobre todo en materia de contratos, tienen un carácter subsidiario ó supletorio, rigen en cuanto la voluntad no los preve ni los modifica, ó no los contraría.

Por esto los preceptos legales suelen establecer la nulidad en los contratos de aquellos pactos que sean contrarios á las leyes ó al orden público, á la moral ó á las buenas costumbres, considerando por su evidente relación que lo que se opone á las buenas costumbres se opone á la moral, y que viene á existir oposición á las leyes, cuando se contraría el orden público, ó sea el interés público, el interés general.

Fiore estima también guía seguro para apreciar cuándo la ley ha de imperar sobre la voluntad, y cuándo sirve para suplirla el espíritu de la disposición. Todo precepto legal relacionado con el orden público pertenece á la primera clase, está dictado en general, y ha de cumplirse forzosamente. Todo precepto que no tenga ese carácter, que sea sólo de interés para el individuo y no se relacione con el orden público, pertenece á la segunda categoría, puede ser alterado ó modificado por la voluntad.

Relacionada esta materia con lo prevenido en el art. 4.º del Código, nos referimos á lo expuesto en su comentario. De dicho artículo claramente se desprende una distinción entre leyes de naturaleza muy diversa: las prohibitivas ó imperativas que han de guardarse siempre bajo pena de nulidad, á no ordenar la misma ley la validez del acto con determinadas condiciones, y las permisivas ó renunciables con ciertas limitaciones.

Hemos de prescindir de estas últimas y limitarnos á las primeras, cuya naturaleza es idéntica. Cuando la ley prohibe terminantemente un acto ó una estipulación, no puede cambiarse su precepto; cuando señala una forma ó condición indispensable para la validez, prohibe en realidad otra forma ó condición diferente. Teniendo, pues, en cuenta el carácter de la ley y su relación con el interés público ó general, existe ya una base para resolver con acierto. Pero aun esto no lo estimamos suficiente.

Desde el momento en que la ley permite estipular en las capitulaciones matrimoniales cualquier régimen económico, incluso el de separación, es claro que consiente la alteración ó modificación de preceptos legales, aun de carácter prohibitivo ó imperativo, peculiares de un régimen distinto ú opuesto al escogido por los interesados. Esto obliga á apreciar otra distinción muy importante entre las prohibiciones que podemos llamar absolutas en toda clase de capitulaciones, y las relativas á un régimen ó sistema determinado, que en tanto son atendibles en cuanto se estipule ese régimen por las partes, ó se inspiren en un interés general.

La materia, como se ve, es delicada, por lo que no cabe negar la posibilidad de presentarse casos de dudosa apreciación, ya que dentro del sistema dotal ó de gananciales cabe que existan preceptos relacionados con el interés público, que no pueden ser alterados por la voluntad.

Desde luego, comprendidas en las capitulaciones matrimoniales las donaciones hechas por los padres á sus hijos, es evidente que esas donaciones no pueden comprender todos los bienes del donante, ni han de poder perjudicar la legítima de los herederos forzosos (artículos 634 y 636), ni cabe estipular la reversión sino dentro de los limites marcados en el art. 641, en relación con los preceptos relativos á las sustituciones.

Por otra parte, tampoco son admisibles las estipulaciones referentes á que el contrato surta efectos aunque no se realice el matrimonio, ó tenga, aun hecho privadamente ú otorgado por menores de edad sin intervención de otras personas, la misma validez que si constase en documento público ó con intervención de los padres, y las que consientan alterar ó modificar después de celebrada la unión, los pactos y condiciones que se hubiesen establecido.

Las donaciones que se hacen los esposos entre sí, en cuanto excedan de la décima parte de sus bienes presentes; las hechas en favor de personas de las que el donante es heredero presunto al tiempo de la donación; la condición de poderse hacer donaciones durante el matrimonio en favor de los hijos de un matrimonio anterior; la renuncia ó transacción sobre la legítima que debe corresponder á alguno de los desposados; la condición de haber de aportarse al matrimonio, en tal ó cual concepto, determinada herencia futura; la estipulación sobre cosas que estén fuera del comercio ó sobre hechos imposibles, etc., constituyen otra serie de actos prohibidos en general por la ley, y no admisibles, por tanto, en las capitulaciones matrimoniales.

También prohibe la ley las donaciones entre los cónyuges durante el matrimonio, y la compraventa entre los mismos (artículos 1334 y 1458). ¿Estas prohibiciones son absolutas ó rela-

tivas á determinado régimen económico de la sociedad conyugal? ¿Pueden pactar los futuros cónyuges la posibilidad de esos actos en sus capitulaciones?

El art. 1458 expresamente autoriza la compraventa entre marido y mujer cuando se hubiese pactado la separación de bienes ó ésta se hubiese impuesto judicialmente. En iguales condiciones cabe admitir las adjudicaciones en pago, permutas, cesiones á título oneroso, etc. La prohibición es, pues, hija de determinados sistemas, tales como el dotal y el de gananciales, ni tiene razón de ser en el de separación, ni el acto es concebible en el régimen de comunidad absoluta. Pero el art. 1334 no contiene la misma salvedad que el 1458; aunque no es lo mismo donación que venta, parece que se impone igual solución; no obstante, en el comentario de dicho artículo, una vez vista la razón y alcance del precepto, examinaremos esta cuestión.

En otro orden de relaciones, admitido por los cónyuges un régimen determinado, han de acomodarse á las líneas fundamentales de ese régimen, respetando los preceptos de carácter prohibitivo relativos al mismo.

Establecido el sistema de gananciales, no puede pactarse que la comunidad haya de empezar antes ó después de la celebración del matrimonio, ni que pueda después renunciarse á ella ó hacerse liquidación y adjudicación durante la existencia de la sociedad, ni que haya de pedirse la separación en casos distintos á los expresados en el Código, ó no pueda demandarse cuando legalmente proceda, ni cabe establecer que todas las ganancias hayan de adjudicarse á uno solo de los cónyuges, ni que grave exclusivamente sobre los frutos de los bienes, ó sobre el producto del trabajo del marido ó de la mujer, el sostenimiento de las cargas del matrimonio.

Establecido el régimen dotal, rigen muchas de las prohibiciones antes expresadas; no puede librarse al marido de la obligación de restituir los bienes dotales, ni privar á la mujer de la disposición de sus bienes parafernales, ni cabe exigir hipoteca legal por aportaciones dotales confesadas, fuera de los límites

marcados en el Código, ni conferir al marido la facultad de disponer á su arbitrio de los bienes inmuebles dotales inestimados, ni sujetar los bienes de la mujer al pago de las deudas del marido, etc.

En caso de separación, no puede derogar el pacto el precepto del art. 1444, según el cual, la mujer no podrá enajenar ni gravar durante el matrimonio los bienes inmuebles que en la separación le hayan correspondido, ó aquellos cuya administración se le haya encomendado, á no mediar licencia judicial ó autorización del marido.

En caso de contraerse el matrimonio contra las prohibiciones contenidas en el art. 45 del Código, rige, contra la voluntad do los interesados, el art. 50, y no cabe, por tanto, pactar en capitulaciones matrimoniales un régimen distinto al de la separación, ni será válida donación alguna entre los cónyuges, ni podrá encomendarse la administración al marido hasta que cumpla la mayor edad.

En el curso de estos comentarios tendremos ocasión de ampliar las ideas expuestas.

3.° *Pactos depresivos de la autoridad que respectivamente corresponde en la familia á los futuros cónyuges.*—El Código italiano (artículo 1379) desenvuelve la misma idea en estos términos: «Los esposos no pueden derogar los dereches que corresponden al jefe de la familia, ni los que se atribuyen en las leyes á uno ó á otro cónyuge.» Aunque por su espíritu resulta dicho Código más restrictivo que el nuestro, no cabe duda de que en el fondo de ambos preceptos palpita la misma idea, aunque haya de interpretarse con desigual criterio. El Código italiano habla de derechos; el nuestro habla de autoridad, con lo que parece referirse sólo á aquellos derechos que confieren cierta preeminencia ó superioridad en cualquier sentido. El Código italiano prohibe en absoluto toda derogación de esos derechos; el nuestro, la prohibe en cuanto se estipule algo depresivo de aquella autoridad; pero si la ley atribuye al marido, como jefe de la familia, determinadas preeminencias ó derechos, y concede á la mujer en pri-

mer término ciertos privilegios, ó subsidiariamente las mismas facultades del esposo, ú otras especiales, es desde luego depresivo á su respectiva autoridad todo pacto que tienda á privarles de esos derechos.

La mujer, por ejemplo, sigue la condición de su marido, adquiere la nacionalidad de él, es su domicilio legal el de su consorte, debe seguirle donde quiera que fije su residencia. Sea el que sea el régimen económico que se adopte, no puede, pues, pactarse, porque sería depresivo de esa autoridad ó preeminencias del marido, que la mujer siguiera siendo extranjera en su caso, ó tuviera un domicilio distinto al de su esposo, ó no hubiera de seguirle. A su vez, tampoco puede privarse á la mujer de los honores y prerrogativas de su marido que, legalmente, le corresponden al casarse.

Al marido corresponde en primer término la patria potestad sobre sus hijos, con todos los derechos y obligaciones que le son inherentes. Si en las capitulaciones matrimoniales se atribuye la patria potestad determinadamente á la madre, ó se le concede el usufructo ó la administración de los bienes de sus hijos, ó el deber exclusivo de alimentarlos ó educarlos, resultan tales pactos depresivos para el marido, ya quitándole su autoridad, ya suponiéndole incapaz para ciertos actos ú obligaciones que le corresponden con arreglo á la ley. Del mismo modo y en sentido contrario, no cabe privar á la mujer del derecho de ejercer en su día la patria potestad, ni de su facultad de contribuir á la educación de sus hijos, ni de las atribuciones que legalmente le corresponden en caso de ausencia, prodigalidad, incapacidad ó interdicción de su marido, ni del derecho de pedir separación, entablar el divorcio, solicitar el depósito por malos tratamientos en su caso, etc.

Licencia marital.—El marido, dice la ley, es el representante legal de su mujer, y, como jefe de la familia, no ciértamente por incapacidad de la esposa, ésta no puede comparecer en juicio, ni adquirir por título lucrativo, ni enajenar sus bienes, ni obligarse, sin la licencia marital. Que esta facultad es una de las

más esenciales que otorga la ley, como afirmativa de la autoridad del marido en la familia, es incuestionable; que es depresivo para su autoridad prescindir de tal licencia, parece racional.

Es cierto que el marido puede conferir á su mujer durante el matrimonio, autorización general para administrar sus bienes y disponer de ellos, obrando en tal caso con relativa libertad; pero en este caso, precisamente el marido usa de su derecho, no renuncia á él, y la mujer obra respetando el precepto del artículo 61, con licencia, aun cuando ésta no sea concedida especialmente en cada caso. El marido puede revocar cuando quiera esa autorización. La renuncia irrevocable en las capitulaciones matrimoniales es un caso muy distinto, tiene una trascendencia extraordinaria, y no cabe admitirla de un modo absoluto.

En general, puede, pues, afirmarse que no cabe pactar en las capitulaciones matrimoniales, que la mujer pueda celebrar toda clase de actos, de los comprendidos en el art. 61, sin licencia de su marido. En cambio la mujer ha de poder otorgar testamento, y ejercer los derechos que le corresponden sobre las personas y bienes de sus hijos legítimos, ó naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, sin pedir para ello autorización, y no cabe negarle esas facultades, ni la de defenderse en juicio contra su marido, aun sin la voluntad de éste.

Ahora bien: la regla general sentada con relación á la licencia del marido, ¿tiene excepciones?; la prohibición de pactar en contra de ese principio de autoridad que al esposo concede la ley en el matrimonio, ¿es absoluta ó relativa?, ¿se refiere á todos los bienes de la sociedad conyugal ó sólo á algunos de ellos?, ¿impera en todos los sistemas ó sólo en algunos determinados?

Esta cuestión está relacionada con la relativa á la administración de los bienes de la sociedad conyugal, aun cuando sea en realidad distinta.

La licencia marital implica la superior dirección en el matrimonio. Con relación á los actos de enajenación ó gravamen realizados por la mujer, sólo puede referirse á los bienes de ésta;

con relación al hecho de comparecer en juicio, adquirir bienes ú obligarse, no requiere la existencia de bienes en la mujer; téngalos ó no, ella no puede contratar, con arreglo al art. 1263, ni aceptar herencias (995), ni pedir la división de bienes (1053). Existe en todos los preceptos un carácter prohibitivo muy marcado. En la separación forzosa de bienes, ó cuando la administración se transfiere á la mujer (arts. 1432 al 1444), ó estando el marido ausente (art. 188), la necesidad de esa licencia desaparece y se sustituye, para los actos de más trascendencia, con la autorización judicial; pero este resultado es lógico é irremediable: el marido incapaz, ausente ó indigno, no puede ejercer sus derechos, ya por imposibilidad material, ya por castigo de la ley; sigue, pues, subsistente el mismo principio sin quebranto. Y así como el art. 59 y el 1412 contienen una salvedad en cuanto á la administración de los bienes de la sociedad conyugal, esa salvedad no aparece nunca con relación á la licencia del marido. Unicamente el art. 1387 puede ofrecer duda: hay ó puede haber bienes propios de la mujer aun en el sistema dotal y en el de gananciales, cuya administración puede ella reservarse: el Código exige la licencia del marido para enajenarlos, gravarlos ó hipotecarlos y para comparecer en juicio: ¿podrá obligarse, podrá contratar por sí sola en lo relativo á esos bienes? Cuestión es ésta que será examinada en su lugar, pero que es esencialísima en este punto, porque si existiendo el régimen de gananciales cabe que la mujer contrate sin licencia de su marido, respecto á los bienes parafernales que administra, ¿cómo prohibir esa misma facultad en caso de pactarse en las capitulaciones matrimoniales el régimen de separación?

Con arreglo al art. 4.° del Código, son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en las leyes, á no ser que la misma ley ordene su validez. Si la ley, con relación á determinados bienes y á ciertos actos relativos á los mismos, no exige la licencia marital, tácitamente ordena la validez de esos actos en casos excepcionales, que no destruyen, antes bien confirman, la regla general.

No cabe traer aquí como fundamento el precepto del art. 65, con arreglo al cual, sólo el marido ó sus herederos pueden reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia ó autorización competente, para deducir que puede renunciarse á ese derecho. Decimos de esto lo mismo que de la autorización general conferida por el marido á la mujer durante el matrimonio: la no reclamación del marido, en el caso del art. 65, equivale á su consentimiento en un acto especial y determinado; el poder reclamar es un reconocimiento de su derecho, y no significa que haya de acatar siempre cuanto la mujer realice sin licencia suya; significado que tendría la estipulación ó renuncia con carácter irrevocable hecha en las capitulaciones matrimoniales.

En resumen: sólo cabe la posibilidad de pactar que la mujer pueda contratar ú obligarse, nunca disponer ni comparecer en juicio, con relación á los bienes de su propiedad, cuya administración se reserve, ya como parafernales, ya en caso de separación. Explanaremos nuestro criterio en el comentario del artículo 1387.

En el sistema de comunidad absoluta, la mujer no tiene bienes propios, todo es común; puede exigirse su consentimiento, no tiene importancia la cuestión referente á la licencia marital.

Administración.—Si el tema relativo á dicha licencia ofrece alguna dificultad, no dejan también de presentarse dudas en lo relativo á la administración, punto tratado extensamente por el Sr. Sánchez Román, al ocuparse del art. 59, en sus «Estudios sobre el derecho civil español».

¿Pueden cambiarse en las capitulaciones matrimoniales los preceptos de la ley en cuanto se refieren á la administración de los bienes de la sociedad conyugal?

La contestación afirmativa se impone por la misma ley: «El marido, dice el art. 59, es el administrador de los bienes de la *sociedad conyugal,* salvo *estipulación en contrario* y lo dispuesto en el art. 1384.»

«El marido, afirma el art. 1412, es el administrador de la *sociedad de gananciales*, salvo lo dispuesto en el art. 59.»

«Los que se unan en matrimonio, expresa el art. 1315, pueden otorgar sus capitulaciones matrimoniales, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente á los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código.» Entre estas limitaciones no puede incluirse la de que el marido haya de ser *siempre* el administrador de *todos* los bienes de la sociedad conyugal, puesto que expresamente autorizan el pacto en contrario los arts. 59 y 1412. Luego es evidente que en las capitulaciones matrimoniales pueden cambiarse los preceptos de la ley en lo relativo á la administración de los bienes de la sociedad conyugal.

¿Dentro de qué límites debe encerrarse esa libertad de estipulación ó ese pacto de contrario? Esto es lo único que debe ser estudiado con atención. La misma ley es el guía mejor para resolver con acierto.

Si el marido en algún caso no administra, es evidente que puede recaer en otro la administración. Este otro puede ser la mujer ó un tercero.

La administración conferida á un tercero, sea padre, pariente ó extraño, se refiera á todos los bienes de la sociedad conyugal, ó á una parte de los mismos, es una anomalía inconcebible en nuestro derecho. Sólo tiene explicación en casos como el del art. 50, siendo menor de edad el marido, y como una especie de castigo. La sociedad conyugal está constituída sólo por el marido y la mujer; á los derechos y obligaciones entre el marido y la mujer se refiere el art. 59; y el marido y la mujer, antes de casarse, son los únicos contrayentes propios de las capitulaciones matrimoniales. Que la administración de los bienes de una sociedad se confiera á un tercero que no sea socio, es un absurdo; que la de los bienes de la sociedad conyugal se confiera á un extraño, es más absurdo todavía. No hay un solo artículo en el Código que autorice interpretación tan extensiva, pues el mismo 50 antes citado contiene una limitación temporal del de-

recho del marido, fundada en una causa justa, y no significa una privación permanente de un sujeto capaz. En casos normales, un tercero, legalmente, no puede administrar.

El art. 1316 condena terminantemente esa ingerencia del tercero en la administración de los bienes. El pacto que confiriese la administración de los bienes del matrimonio á un pariente ó extraño, sería opuesto á las buenas costumbres ó á la moral, y al orden público ó á las leyes, y sería depresivo de la autoridad que respectivamente corresponde en la familia tanto al marido como á la mujer misma, que no es por cierto incapaz de administrar, ni necesita que un extraño maneje sus intereses.

La naturaleza y fines del matrimonio, la esencia de la sociedad conyugal, la razón y el buen sentido, se oponen también á esa ingerencia anómala y perturbadora en el hogar. Sólo en casos de imposibilidad ó incapacidad de ambos cónyuges, cabe que alguien, necesariamente un tercero, se encargue de regir y administrar los bienes de una sociedad no disuelta, cuyos socios se ven en absoluto privados, de un modo temporal ó permanente, de toda intervención.

Los artículos 59 y 1412, al permitir respecto á la administración de los bienes de la sociedad conyugal, estipulación en contra del derecho del marido, se refieren, pues, única y exclusivamente, en casos normales al menos, á la posibilidad de que la mujer administre.

Que aun la mujer casada no es considerada por la ley incapaz para la administración, lo prueba el art. 1384, y lo prueban los artículos 188, 1436 y 1441 al 1444. Ni cabría soñarlo, pues lo que se concede á la mujer soltera ó viuda, no hay razón para negarlo por el hecho de que contraiga matrimonio. La necesidad y conveniencia de una sola cabeza en la sociedad, de una autoridad y de una dirección, exige que la administración en principio se confiera al marido, y que la mujer obre en general y en casos ordinarios con su autorización ó licencia; pero incapacidad para administrar la mujer no existe.

La administración de los bienes parafernales por la mujer,

aun en el sistema dotal y de gananciales, prueba además otra cosa; esa administración no es depresiva para la autoridad que en el matrimonio corresponde al marido, no es opuesta á la ley ni al orden público, ni á la moral ni á las buenas costumbres. Como la establece la ley, pueden establecerla las partes.

Ni cabe confundir la administración con los actos de enajenación ó gravamen, ó con la comparecencia en juicio por la mujer. Para estos actos más trascendentales é importantes la ley tiene una norma fija. Trátese de bienes parafernales ó dotales, haya ó no separación, se haya ó no transferido la administración de los bienes á la mujer, es indispensable, según los artículos 60, 61, 188, 1387, 1361, 1442 y 1444, la licencia del marido ó la autorización judicial.

Se trata, pues, sólo de la administración. Pero ¿puede la mujer administrar todos los bienes de la sociedad conyugal?

En la sociedad conyugal hay bienes propios del marido y bienes propios de la mujer, y puede haber bienes comunes.

Respecto á los bienes propios de la mujer, la cuestión es sencilla. Si se aportan en concepto de dote, la administración ha de ser del marido, porque así lo exige sin distingos el art. 1357, y porque la idea de dote envuelve la de entrega de bienes al marido para su administración. Si se aportan en concepto de parafernales, aun en el sistema dotal, rige el art. 1384. Si, como ocurre en caso de separación, no hay bienes dotales, lo natural y lo lógico es que se estipule que todos los bienes de la mujer tengan el concepto de parafernales, y por tanto, que todos esos bienes de la sociedad conyugal han de ser administrados por ella. Aunque se escoja el sistema de gananciales, cabe ese pacto por expresa disposición del art. 1412, y no oposición del 1316.

En cuanto á los bienes propios del marido y á los bienes comunes en su caso, la cuestión es muy distinta. El marido, no siendo incapaz ó pródigo, no estando ausente ni penado con interdicción, no necesita tutor ni intervención alguna en la administración de sus bienes. Sería indudablemente depresivo para su autoridad en la familia que se le privase en las capitulacio-

nes matrimoniales de la administración de sus propios bienes ó de los comunes; envolvería ese acto un reconocimiento de incapacidad para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que la ley le confiere é impone dentro de la familia. El art. 1316 veda, sin género alguno de duda, tal estipulación.

Sin embargo, una cosa es el desprendimiento irrevocable por el marido de su facultad de administrar sus bienes propios ó los bienes comunes, y otra cosa muy distinta es prever los casos de imposibilidad, incapacidad ó ausencia del marido, estipulando que en tales circunstancias ejerza la mujer la administración. En esto, no solamente no se ofende á la ley, ni á la moral, ni á la autoridad del marido, sino que las partes se acomodan á los preceptos de aquélla, estableciendo como reglas supletorias las mismas que en esos casos anómalos establece el legislador.

Y aun cabe prever la imposibilidad ó incapacidad de ambos cónyuges, y designar en este caso un tercero como administrador, ó nombrarle hasta que el esposo cumpla los diez y ocho años ó pueda administrar.

Tal creemos ser el alcance de las palabras «salvo estipulación en contrario» del art. 59 y la referencia á éste en el 1412. Las palabras «estipulación en contrario» envuelven una llamada á los artículos 1315 y 1316; el pacto es posible dentro de los límites fijados en esos artículos, nunca contrariando el espíritu y la letra de los mismos y la letra y el espíritu de otros preceptos de carácter imperativo ó prohibitivo. Normalmente, y con arreglo á la ley, el marido administra todos los bienes de la sociedad conyugal. Excepcionalmente, la mujer puede administrar una parte de esos bienes, los parafernales, con arreglo al artículo 1384; todos sus bienes propios, en virtud de estipulación; aun los bienes de su marido, y los comunes en casos anormales. Así se armonizan todos los preceptos legales, y queda en pie el precepto del art. 59. Si la excepción fundada en el artículo 1384, á que el 59 se refiere, es limitada, la que se funda en la voluntad de los interesados, aunque de bastante más alcance, también lo es. Ni hay razón para exigir que la excepción sea

más absoluta, ni lo consienten otros artículos del Código. Los preceptos de éste han de ser aplicados todos buscando su relación y armonizando unos con otros, sin pretender la anulación de ninguno.

El art. 1412, al decir que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales, aunque se refiere á un sistema determinado, expresa la misma idea del 59; el marido es el administrador de *todos los bienes* de esa sociedad, salvo lo dispuesto en el 59, esto es, salvo las dos excepciones que éste contiene.

Lo expuesto sobre la administración puede repetirse con relación al usufructo; la mujer puede reservarse el disfrute y la administración de sus bienes no dotales.

4.º *Pactos por los que los contratantes se sometan de una manera general á los fueros y costumbres de las regiones forales.*—El artículo 1317 prohibe estos pactos, sancionándolos en su consecuencia con la pena de nulidad. Se refiere evidentemente á la sumisión en cuanto al régimen económico de la familia.

El precepto del art. 1317 ha sido apreciado de muy distinto modo por los escritores jurídicos.

El Sr. Durán y Bas ve en el Código una malquerencia encubierta contra las legislaciones forales, malquerencia que llega al extremo de prohibir dentro de un sistema de libertad que los contratantes se sometan á las leyes y costumbres de las provincias que conservan sus fueros.

El Sr. Sánchez Román defiende al Código de esta acusación, y expone su opinión en estos términos: «Entendemos que la mente de este artículo no es censurable si se tiene en cuenta que su propósito no debió ser otro sino el de que personas y familias sujetas á la legislación de Castilla, y por consiguiente á las disposiciones del Código, no aparecieran en el régimen económico conyugal de las relaciones patrimoniales con la desarmonia civil, quizás incompatible en muchas de sus aplicaciones de someterlas á un régimen foral sin haber cambiado ellos dicha condición de *castellanos*, á los efectos civiles, como podrían haberlo hecho por los medios del art. 15.»

«Por esto y para esto, sin duda, se han escrito las palabras del art. 1317 «de una manera general», que equivalen, en nuestro juicio, á que, no obstante el principio de libertad que autoriza á las personas que se unen en matrimonio para otorgar sus capitulaciones estipulando libremente las condiciones de la sociedad conyugal relativas á los bienes presentes y futuros, no pudiera entenderse tal libertad como cosa igual á implantar en Castilla, *entremezclado* con su legislación, el régimen íntegro de algún territorio foral, para no aumentar de esta suerte la confusión y la heterogeneidad de situaciones en la vida civil, ni reputar, siquiera parcialmente, rota la unidad de derecho, al menos en cada uno de los territorios para los cuales se reconoce legislación civil distinta.»

«La disposición, dice el Sr. Díez de Ulzurrum, tiene un carácter verdaderamente unitario, que tiende á asegurar los efectos de la codificación, preparando el tránsito de las legislaciones de fuero y privilegio, á la común y general.»

El Sr. Martínez Alcubilla ve la cuestión bajo un punto de vista distinto. «Entraña, dice, este precepto del art. 1317, el más explícito reconocimiento de que en el derecho foral todo es oscuridad y confusión. El art. 1315, de acuerdo con la base 22, deja á los esposos en libertad completa de establecer la organización y cláusulas que estimen oportunas; pero el 1317 no les permite someterse genéricamente al sistema aragonés, al catalán, al navarro ó al vascongado, porque entonces surgirían dudas respecto á la situación económica de los cónyuges, á su participación en el caudal y á las obligadas aplicaciones del mismo, ocasionándose pleitos de solución difícil, que sembrarían y producirían las enemistades y los odios en las familias.

»Es lícito, pues, pactar en Castilla los sistemas y convenciones que autorizan las leyes y costumbres forales, y frecuentan los moradores de los territorios donde aquéllas rigen; pero tales acuerdos no son eficaces, si circunstanciadamente no se especifica en qué consisten, describiendo las aportaciones conyugales, fijando la situación de cada cónyuge, ordenando la ad-

ministración del caudal, y señalando las aplicaciones que al mismo han de darse, y que en ningún caso podrán contrariar los derechos legitimarios de los descendientes, de los ascendientes, ó del cónyuge que sobreviva, conforme á los artículos 807 á 810, 834 y siguientes del Código civil. Así entendemos la disposición transcrita; pero la libertad otorgada en el art. 1315 justifica la esperanza de que se llegue á la unidad del derecho, siquiera en cuanto al orden de la familia y régimen de sus bienes, por la posibilidad de establecer alguna ó algunas de las combinaciones conocidas en las provincias aforadas.»

Estamos conformes con esta última opinión. El art. 1317 no envuelve malquerencia alguna hacia los territorios que conservan una legislación civil especial; el art. 1317 no se opone á que los futuros contrayentes, sean ó no castellanos, adopten en el territorio de Castilla el sistema vascongado ó el catalán, ó el que tengan á bien; el art. 1317 no sacrifica los fueros al principio de unidad; lo que no tolera es la confusión, la vaguedad, la indeterminación en los derechos de los cónyuges; reconoce simplemente que los fueros, como la legislación antigua de Castilla, constituyen una amalgama de preceptos diversos, no siempre claros, y aun algunas veces contradictorios, y por lo mismo exige que se aclare, que se determine, que se exprese detalladamente el sistema que ha de regir, con todos sus efectos. Esta es la inteligencia que debe darse á la frase «de una manera general».

El art. 1315, que permite estipular libremente las condiciones de la sociedad conyugal en cuanto á los bienes y consiente escoger el régimen de separación desconocido en la Península, no podía oponerse á que se adoptara el régimen dotal de Cataluña, ó el de comunidad de Vizcaya, y menos aún los de gananciales de Navarra ó de Aragón. En cambio, el 1316 no tolera en general los pactos contrarios á las leyes, ó sea á los preceptos del derecho común, y no consiente, por tanto, convertir el contrato en testamento, ni privar á los herederos forzosos de la legítima castellana. Si después de esta evidente doctrina, el ar-

tículo 1317 declara nulos los pactos por los que los futuros cónyuges se sometan *de una manera general* á los fueros y costumbres de los territorios regidos por leyes civiles especiales, es racional dar á las palabras subrayadas el sentido más sencillo y natural, el de que lo que no se consiente es la generalidad en la sumisión, lo inderminado, lo vago, lo oscuro, la falta de precisión y de detalles, motivo de dudas, pleitos y desarmonía en las familias; lo que no se tolera es que en pleno territorio de Castilla los Jueces y Tribunales, para fallar, tengan que atenerse, no á las cláusulas de un contrato, sino á las leyes y costumbres forales citadas en general, obligándoles á aplicar doctrinas y preceptos que no rigen en el territorio sujeto al derecho común.

En Francia, todas las leyes y costumbres locales contrarias al Código fueron abolidas, y el art. 1390 viene á repetir allí la doctrina del 1317 del nuestro. Laurent, interpretando aquel artículo, aunque encontrándole inspirado en el deseo de suprimir los antiguos usos derogados, acepta en definitiva nuestra opinión. «Sedirá, añade, que, interpretado así el art. 1390, se convierte en irrisorio y hasta pueril; los interesados no citarán la costumbre, pero la transcribirán; ¿no seguirán por ello la costumbre, y la tendrán que aplicar los Jueces? No. La diferencia es capital. Si estuviera permitido á las partes referirse á una costumbre, la costumbre se convertiría en la ley del contrato, y el Juez estaría obligado á consultar el antiguo derecho para interpretar las convenciones matrimoniales; como consecuencia, el contrato habría de regirse por la jurisprudencia antigua, que el Código ha querido abolir. Por el contrario, si se obliga á los esposos á transcribir las disposiciones del antiguo derecho, las convierten en propias; ya no es un artículo de una ley, es una cláusula de un contrato; el Juez ya no tiene que recurrir al examen de una legislación derogada, interpreta el contrato como hace con cualquiera otra convención matrimonial; las costumbres siguen abolidas.»

Fiore aplica el mismo principio á la sumisión en general á leyes extranjeras, porque el art. 1381 del Código italiano tiene

más alcance que el nuestro, y da como razón del precepto que el ciudadano, en cuanto á su capacidad, su estado personal y sus relaciones de familia, se rige por la ley de su nacionalidad, lo cual es cierto más en apariencia que en realidad, puesto que, mediante la libertad concedida á los esposos en las capitulaciones matrimoniales, un castellano, por ejemplo, puede regir sus relaciones de familia, en cuanto á los bienes se refiere, por reglas esencialmente distintas á las legales do su país. Lo que no se permite es la sumisión en general, porque obliga á aplicar preceptos forales fuera del territorio en que rigen, lo cual es distinto. Así es que el mismo Fiore, lo que no acepta en general, lo admite una vez determinado, detallado ó transcrito en el contrato, siempre que no sea contrario á las leyes del país: punto éste en el que realmente ha de imperar la ley de la nacionalidad sobre la voluntad de los interesados.

Nuestro Código, como el francés, no preve el caso en que los esposos, de una manera general, se sometan al régimen de comunidad absoluta portugués, al de comunidad de administración de Alemania, al sistema legal francés ó á otro extranjero. Laurent no duda de la validez del pacto. «El texto legal, dice, no preve esta hipótesis; luego la cláusula no está prohibida, y todo lo que no se prohibe entra en el dominio de la libertad; por otra parte, el motivo que ha ocasionado la prohibición del artículo 1390 no tiene nada de común con las legislaciones extranjeras.» Cierto que al fin esas leyes deben ser tan claras como un contrato escrito; pero algo hay de anómalo en el pacto que obligaría á aplicar en España preceptos legales extraños, por lo que de desear sería se prohibiese también expresamente esa forma general de estipulación.

5.° *Efectos de los pactos prohibidos consignados en las capitulaciones matrimoniales.*—Si en las capitulaciones matrimoniales consta alguna estipulación contraria á las leyes, ó á la moral, ó á la respectiva autoridad de los esposos en la familia, ó al precepto del art. 1317, ¿será nulo sólo el pacto prohibido, ó la nulidad de éste llevará consigo la de todo el contrato? Los artícu-

los 1316 y 1317 contestan satisfactoriamente á esta pregunta: «Toda estipulación que no se ajuste á lo preceptuado se tendrá por nula; las cláusulas que contengan algo prohibido se tendrán por no puestas.»

La nulidad de un pacto no lleva, pues, consigo la nulidad de todas las capitulaciones. En éstas se contienen muchos pactos distintos, más ó menos relacionados entre sí. Como dice Fiore, las estipulaciones que se hallen relacionadas con la convención que reprueba la ley, como el efecto con su causa, ó el pacto con la condición que lo modifica, quedan irremisiblemente condenadas; pero las que no tienen con ella ninguna relación más que la accidental y necesaria de hallarse comprendidas en el mismo contrato, no son culpables de la nulidad y deben subsistir.

Síguese de aquí que el contrato entero puede ser nulo si sólo contiene una estipulación, como la del art. 1317, nula, ó si todas sus estipulaciones lo son, ya en sí mismas, ya por su evidente relación con las demás. Pero ordinariamente no ocurrirá así; por lo menos valdrá el contrato en lo relativo á la determinación de los bienes aportados por cada cónyuge, y en todo lo que no se relacione directamente con el pacto ó los pactos prohibidos. Si es condición precisa para una donación algo contrario á la moral, la donación queda nula al faltarle su causa; si, no obstante esto, la donación fuese obligatoria, como ocurre respecto á la dote entregada por los padres, la dote es válida, porque ha de existir legalmente, aunque pretenda fundarse en una causa imposible ó ilícita.

En todo aquello que pierde en absoluto su fuerza y valor, como consecuencia de la nulidad, los preceptos legales sustituyen como supletorios á la voluntad de los interesados.

Á la autoridad judicial toca apreciar en casos dudosos el alcance y extensión de la nulidad.

C) *Códigos extranjeros.*—El precepto del art. 1316, con más ó menos amplitud, se contiene en casi todos los Códigos. No le hemos encontrado en el de Guatemala ni en el de Austria.

El Código de Chile, después de enunciar la prohibición en su art. 1717, permite en el 1720 estipular que la mujer haya de administrar una parte de sus bienes propios, con independencia del marido, y aun que pueda disponer libremente de una suma determinada de dinero ó de una determinada pensión periódica.

El Código de Méjico, al ocuparse de la sociedad conyugal voluntaria, se refiere á los pactos prohibidos en sus arts. 2121, 2126, 2128 y 2129. El 2126 está copiado del 1239 de nuestro proyecto de Código de 1851. El 2128 exige en las capitulaciones la expresión terminante de las disposiciones legales que por ellas se modifican. El 2129 determina minuciosamente los artículos del Código que no pueden ser modificados por dichas capitulaciones.

El Código de Venezuela, en su art. 1362, concuerda con el 1316 del nuestro.

En el Código francés y en el belga pueden consultarse los artículos 1388 y 1389, bastante más detallados que el nuestro, puesto que también se refieren á la patria potestad, emancipación, tutela, sucesiones, etc.

Pueden verse también los arts. 1379 y 1380 del Código de Italia, 1103 y 1104 del de Portugal, 195 y siguientes del de Holanda.

Con relación al art. 1317, no existen concordantes en los Códigos americanos, ni aun en varios europeos.

El art. 1390 de los Códigos de Francia y Bélgica es el más parecido al nuestro, y se refiere á leyes, usos ó costumbres locales derogadas.

El 1381 del Código de Italia dice así: «No se permitirá á los esposos estipular de una manera general que su matrimonio se regulará por usos locales ó por leyes á que no estén legalmente sujetos.»

El 198 del Código de Holanda se refiere más expresamente á las leyes extranjeras, y á usos, leyes, códigos ó estatutos antiguos sin vigor.

Por último, el Código de Alemania, en su art. 1433, sienta

la siguiente doctrina: «El régimen de los bienes no podrá determinarse en relación á una ley derogada ó á una ley extranjera. Si al contraer matrimonio, ó cuando las capitulaciones se celebren después de éste, en el momento de celebrarlas, tuviese el marido su domicilio en el extranjero, será admisible el referirse al régimen de bienes vigente en el lugar de dicho domicilio.»

ARTÍCULO 1318

El menor, que con arreglo á la ley pueda casarse, podrá también otorgar sus capitulaciones matrimoniales; pero únicamente serán válidas, si á su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor á fin de contraer matrimonio.

En el caso de que las capitulaciones fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas referidas y de ser válido el matrimonio con arreglo á la ley, se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales.

A. *Precedentes legales.*—No es fácil encontrar *precedentes* en nuestro derecho común. Suele citarse en el derecho romano la ley 28, tít. 12, libro 5.° del Código.

Con relación á la dote, la ley 14, tít. 11 de la Partida 4.ª revela un criterio diferente: «Pero si la muger quisiesse dar dote á su marido de cosa que fuesse rayz; si ella fuesse menor de veynte é cinco años, non lo puede fazer por sí, magüer oviesse guardador, á menos de lo fazer saber al juez de aquel logar, que gelo otorgue; mas si quisiesse darle dote de las cosas muebles, puédelo fazer con consentimiento de aquel que ha en guarda á ella é á sus cosas, é non ha porque lo dezir al juez del logar.»

El art. 1241 del proyecto de Código de 1851 contenía el mismo principio que el 1318 del actual.

En Aragón, los menores de veinte años, no obstante no poder, en general, contratar, pueden otorgar sus capitulaciones matrimoniales.

B) *Comentario.*—El art. 1318 contiene una excepción de la regla general, consignada en el 1263. Los menores no emancipados no tienen capacidad para contratar; sin embargo, el artículo 1318 les permite otorgar sus capitulaciones matrimoniales.

Goyena nos da la razón del precepto: «El matrimonio es lo principal, puesto que en él se dispone de la persona; las capitulaciones matrimoniales, como referentes á cosas, vienen á ser lo accesorio y subalterno. El que puede lo más, puede lo menos, y sin la garantía de este artículo se dificultarían ó retardarían los matrimonios; la capacidad para contraerlos á los doce años las hembras y á los catorce los varones, sería frecuentemente ilusoria.»

En efecto, las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse precisamente antes de celebrarse el matrimonio: se trata de un contrato especialísimo, en que lo más natural ha de ser que los contrayentes sean menores de edad no emancipados. Aplicar el art. 1263, quitando intervención á los futuros esposos en un acto que tanto les interesa, y exigiendo al mismo tiempo formalidades ó requisitos excesivos para la validez de cada donación ó acto comprendido en el contrato, sería desnaturalizar y dificultar éste, poniendo indirectamente trabas á la unión.

Laurent critica una disposición que consiente á un menor de edad disponer de sus bienes y comprometer su porvenir en el contrato matrimonial. No pudiendo exigirse la mayor edad para contraer matrimonio, estima, no obstante, que la excepción se ha impuesto como medida conveniente.

Ahora bien: esa excepción no puede ser tan radical que consienta que los interesados menores de edad, por sí solos, estipulen las condiciones que á bien tengan en sus capitulaciones matrimoniales, se hagan mutuas donaciones, aun de bienes inmuebles, constituyan hipotecas y realicen otros actos trascendentales todos é irrevocables. Sería fiarlo todo á la inexperiencia, apasionamiento y falta de reflexión de los jóvenes esposos, que más tarde no podrían ya enmendar los yerros cometidos. A título de no poner trabas al matrimonio y de ser lógico que

los que pueden casarse deben poder estipular los pactos nupciales que han de preceder á su casamiento, no cabe una derogación tan completa de los principios generales del derecho de todas las naciones en materia de contratación, que privan á los menores de capacidad de obrar, estimando, sin duda, que aun no aprecian ni comprenden la trascendencia de los actos que ejecutan. Por eso nuestro Código, siguiendo la doctrina establecida en los de otros países, exige que concurran con los menores al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, las personas designadas por la ley para darles el consentimiento para contraer matrimonio.

De este modo se evitan los inconvenientes de la excepción al principio del art. 1263. No precisamente los representantes legítimos de los menores, sino las personas que deben dar su consentimiento para el matrimonio, sean ó no esos mismos representantes, intervienen en las capitulaciones matrimoniales; pero en lugar de intervenir ellos solamente representando á los menores, contratando por ellos y para ellos, intervienen, asisten ó concurren con los mismos menores completando su personalidad, y así, atendieudo á los deseos de los futuros esposos, les dan la forma más conveniente y adecuada, salvando con su experiencia los peligros que pudieran resultar.

Con arreglo al art. 46, las personas que deben prestar consentimiento al menor á fin de contraer matrimonio, son, tratándose de hijos legítimos, en primer término el padre; faltando éste ó hallándose impedido, la madre, y en su defecto y por su orden, los abuelos paterno y materno y el consejo de familia.

Si se trata de hijos naturales reconocidos ó legitimados por concesión real, el consentimiento ha de prestarlo la persona que les reconoció ó legitimó, sus ascendientes ó el consejo de familia, por el orden establecido en el párrafo anterior.

Si se trata de hijos adoptivos, intervendrán el padre adoptante, y en su defecto, las personas de la familia natural á quien corresponda.

Respecto á los hijos ilegítimos no reconocidos ni legitimados,

su madre, si fuere conocida, sus ascendientes maternos ó el consejo de familia.

Y por último, respecto á los educados en las casas de expósitos, el jefe del establecimiento correspondiente.

Las personas á que nos hemos referido, según los distintos casos, completan la personalidad del menor, concurren al acto, como dice la ley, es decir, intervienen con los menores y prestan su conformidad á las condiciones que estipulen, firmando el documento que se otorgue. Con más experiencia y con menos pasión, esas personas serán las que en realidad marcarán las condiciones para la organización del patrimonio de la futura familia.

Pero ese requisito es el único que, como especial, exige el Código para la validez de las capitulaciones matrimoniales de un menor, y como en ellas pueden otorgarse verdaderos actos de enajenación ó gravamen, aun de bienes inmuebles, no deja de ser una excepción importante en las reglas generales de la contratación. Así, por ejemplo, en la dote estimada se transfiere el dominio al marido: para garantizar la devolución de los bienes muebles de la dote en general ó su importe, debe constituir el marido hipoteca. No importa: con sola la existencia de su padre, una niña de doce años puede vender, y un niño de catorce puede hipotecar.

La concurrencia del padre, de la madre, los abuelos, el padre adoptante, ó el jefe del establecimiento de expósitos, como personas individuales, no ofrece dificultad. Cuando toque intervenir al consejo de familia, es claro que la ley no puede exigir que concurran todos los individuos de dicho consejo. Éste, acuerda lo procedente al efecto, y al presidente toca ejecutar el acuerdo. Como dice el Sr. Coderch, «el otorgamiento de una escritura supone la ejecución de un acuerdo previamente tomado por el consejo de familia. Así es que éste deberá reunirse para examinar los pactos y condiciones que haya de contener la escritura de capitulaciones matrimoniales, y una vez las estime convenientes al menor ó incapacitado, acordará su otorgamiento. De

este acuerdo se extenderá la correspondiente acta, de la cual librará copia (certificación), el presidente, y éste, en representación del consejo, y exhibiendo dicha copia que se transcribirá en la escritura, concurrirá al otorgamiento de la misma».

¿Podrán delegar su representación, ó valerse de apoderado para el acto de las capitulaciones matrimoniales, las personas que deben legalmente concurrir á su otorgamiento para completar la personalidad del menor? El Código francés exige la asistencia en el contrato de esas personas, que es lo mismo que la concurrencia ordenada en el nuestro, y Laurent se pronuncia resueltamente en contra de toda delegación, aun por el consejo de familia en cualquiera de sus vocales. El que asiste en un contrato, dice, consiente en presencia de las partes y en el momento en que el contrato se otorga; la asistencia es más que el consentimiento, de donde resulta que no se puede consentir por separado. «La ley, dice en otro lugar, confiere un poder á los ascendientes y á la familia teniendo en cuenta el grado de afección que les une con los menores: la afección y los vínculos de la sangre no pueden transmitirse por medio de un mandato: ¿puede concebirse que un padre dé poder á un tercero para que dé su consentimiento al matrimonio de su hijo?; puede consentir por escrito, pero él ha de ser el que consienta sin delegar en otro tal facultad. La misma razón existe con relación á las capitulaciones matrimoniales. Si, pues, ha de considerarse suficiente un consentimiento por escrito, es necesario que éste se halle redactado de manera que dé al menor la misma garantía que la asistencia personal, á ser posible. La doctrina y la jurisprudencia, de común acuerdo, exigen que el documento contenga una aprobación detallada de las convenciones matrimoniales que ha de otorgar el menor. Si por consecuencia de la discusión ante el Notario, las partes modificasen el proyecto tal como fué aprobado por los ascendientes ó por el consejo de familia, sería necesario un nuevo consentimiento, y por tanto, en su caso, una nueva deliberación del consejo de familia.»

Suscribimos esta opinión. Admitimos excepcionalmente la

posibilidad de suplir la concurrencia con una escritura pública en la que el llamado á consentir en el matrimonio, determine con precisión, detalle y claridad, los pactos que han de contener las capitulaciones matrimoniales del menor, á que presta su asentimiento. Y aun esto lo admitimos por razones de equidad, atendiendo al favor que merecen al legislador las capitulaciones matrimoniales, á las dificultades que en algunos casos pueden presentarse en la práctica para la concurrencia personal simultánea de los menores y de sus padres, y á que en el fondo el consentimiento en esa forma precisa y detallada equivale á la asistencia ó presencia en el acto del contrato; pero sin desconocer por ello que las frases «concurrencia», «concurso» y «firma», que se emplean en nuestro art. 1318, pueden dar lugar á dudas que creemos deben resolverse en el sentido expuesto, porque la ley no prohibe para dicho caso la comparecencia por medio de apoderado con poder especial que equivalga á la presencia del poderdante.

Ahora bien: todas, absolutamente todas las estipulaciones propias y naturales del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, aunque impliquen disminución en el patrimonio de los menores, ó produzcan graves obligaciones, son válidas y eficaces con sólo los requisitos exigidos en la primera parte del artículo 1318. Pero aun dando al precepto de éste toda la amplitud que revela claramente su texto, es evidente que para todo cuanto no sea propio y natural de ese contrato, para cuanto no constituya un verdadero pacto nupcial, rige la regla general y no la excepción.

Como regla de distinción, con relación á un fallo de la Cour de Limoges, expone Laurent que no deben reputarse convenciones matrimoniales todas aquellas que puedan separarse del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, y constituir contratos diferentes. Las donaciones que se hacen los esposos entre sí antes de celebrarse el matrimonio y por razón del mismo, la determinación de los bienes y derechos aportados por cada cónyuge, la fijación del régimen ó sistema aceptado, y dentro de él,

en su caso, las reglas relativas al usufructo, propiedad, administración y aseguramiento, bienes que han de reputarse comunes, bases de liquidación y división, etc., forman la esencia de las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones que hacen á los esposos sus padres ú otras personas, ó las que éstos puedan recibir de aquéllos, las prestaciones á que, por virtud de las mismas, puedan obligarse los menores, las aceptaciones ó divisiones de herencias, los actos á título oneroso que no sean consecuencia del sistema adoptado ó la confirmación de los mismos, las disposiciones de última voluntad, los pactos que excedan las facultades concedidas á los futuros cónyuges, en absoluto ó dentro de cada régimen, los contratos otorgados después de la celebración del matrimonio, etc., no forman la esencia de dichas capitulaciones matrimoniales, pueden separarse de éstas y constituir actos ó contratos distintos, ó son en realidad y desde luego actos diferentes, y para ellos rige la regla general del art. 1263, ó las demás propias y especiales de cada caso.

Por consecuencia, en todos estos actos, en cuanto envuelven un verdadero contrato ó pacto excepcional, en nombre de los menores deben intervenir sus representantes legítimos, y no las personas á quienes legalmente corresponde dar su consentimiento para el matrimonio, y si se trata de actos permitidos á los menores, pues no les está permitido, por ejemplo, hacer donaciones, por no poder justificarse nunca su necesidad ó utilidad, deben guardarse las formalidades ó cumplirse los requisitos exigidos para cada caso en las leyes.

Haremos una última observación sobre el precepto de la primera parte del art. 1318. Se refiere éste á los menores de edad, asistidos de las personas que deben darles su consentimiento para contraer matrimonio. Es aplicable, por tanto, al menor que se halle en el caso del párrafo segundo del núm. 1.º del art. 83 del Código, puesto que la ley declara válido su matrimonio, ó lo que es lo mismo, ha podido legalmente casarse. No es, en cambio, aplicable á los mayores de edad en ningún caso, pues

aunque necesiten pedir consejo para su matrimonio, tienen perfecta capacidad para contratar y obligarse.



Pasemos á la segunda parte del art. 1318, según la cual, en el caso de que las capitulaciones matrimoniales fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas referidas y de ser válido el matrimonio, se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.

La ley, en este punto, declara expresamente la nulidad de las capitulaciones matrimoniales de un menor hechas sin la concurrencia de las personas que deben intervenir en las mismas; como inmediata consecuencia supone que las capitulaciones legalmente no existen, y aplica, por tanto, la regla general de la última parte del art. 1315, é incidentalmente afirma la independencia relativa que hay entre el matrimonio y el contrato matrimonial.

De las palabras de Goyena, citadas al principio de este comentario, conformes con la opinión de Troplong y de otros muchos escritores, se deduce la falsa consecuencia de la indivisibilidad entre el matrimonio, por el que las partes disponen, según se afirma, de su persona, y las capitulaciones, en las que disponen de sus bienes, y el considerar éstas como un simple accesorio de aquél; error que parece encontrar algún apoyo en la consideración de que todo lo que se estipula en las capitulaciones bajo la base de futuro matrimonio, queda nulo y sin efecto alguno si no se llega á contraer.

El matrimonio y las capitulaciones tienen, en efecto, una íntima relación, pero son realmente dos cosas distintas, por lo que cada una de ellas se rige por sus reglas especiales y diferentes.

Lo accesorio tiene una existencia subordinada á lo principal; si esto desaparece, aquello no puede por sí solo subsistir. Ahora bien: el matrimonio puede ser declarado nulo, y sostenerse, no obstante, como válidas y respetarse y llevarse á efecto las capi-

tulaciones matrimoniales. La nulidad del matrimonio produce respecto á los bienes, según el art. 72 del Código, los mismos efectos que la disolución, salvo el castigo de la mala fe, con la pérdida en su caso de los gananciales. Véanse también los artículos 1429 y 1440. Luego han de respetarse los pactos matrimoniales establecidos por los futuros cónyuges una vez contraído el matrimonio, aunque éste después se anule. Luego no puede sostenerse que sea un accesorio lo que puede existir sin lo principal.

Por otra parte, las capitulaciones matrimoniales pueden ser nulas, sin que por ello sea nulo el matrimonio, lo que á su vez, y unido á lo anteriormente expuesto, prueba que no existe entre lo uno y lo otro la indivisibilidad que se pretende.

Puede decirse que la nulidad del matrimonio no borra su existencia real durante el tiempo transcurrido hasta la anulación, y que la nulidad de las capitulaciones supone la aceptación del régimen de la sociedad de gananciales. Pero ni el régimen legal supletorio son las capitulaciones matrimoniales, que es de lo que se trata, ni el hecho de haber existido un matrimonio aparente borra la nulidad de aquellas, que equivale á su no existencia legal.

Como inmediata consecuencia, el menor de edad que otorga sus capitulaciones matrimoniales sin la asistencia de las personas á que se refiere el art. 1318, y después contrae matrimonio con consentimiento de esas personas, cae bajo el imperio de la última parte de ese artículo; su matrimonio es válido, sus capitulaciones fueron nulas. Aun suponiendo que estas últimas hubiesen sido otorgadas á la edad de veintidós años, y el matrimonio celebrado después de cumplir los veintitrés, la consecuencia sería la misma, porque el caso es idéntico, ó sea unas capitulaciones nulas y un matrimonio válido. No puede sostenerse que el matrimonio supone la válida confirmación de las capitulaciones por el que ya es mayor de edad y capaz de consentir, porque la ley prohibe todo cambio ó alteración de dichas capitulaciones después del matrimonio, ó exige que esa alteración sea anterior;

y si, como afirma Laurent, sería cambiarlas el declararlas válidas siendo nulas, con mayor motivo podemos añadir, cuando esa nulidad envuelve ante la ley la aceptación de un régimen determinado: el de gananciales.

Combinando el art. 50 del Código con el 1318, resulta la siguiente doctrina:

Está prohibido el matrimonio al menor de edad que no haya obtenido licencia para contraerlo de las personas á quienes corresponda. Si á pesar de esta prohibición el matrimonio se realiza, el art. 50 le considera válido, pero se entiende contraído el casamiento con absoluta separación de bienes, y cada cónyuge retiene el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio; ninguno de los cónyuges puede dar ni recibir del otro cosa alguna por donación ó testamento, y el menor no recibe la administración de sus bienes hasta que llegue á la mayor edad, teniendo sólo derecho á alimentos.

En este caso es claro que, aun en el supuesto de haberse otorgado capitulaciones matrimoniales, no habrán intervenido en ellas las personas que no prestaron su conformidad ó licencia para el matrimonio; pero interviniesen ó no, mientras no medie esa licencia, la ley, aun contra la voluntad de los contrayentes, impone como régimen ó sistema único y necesario el de la absoluta separación.

Pero si no obstante haberse dado la licencia ó consentimiento para contraer matrimonio, las personas á quienes corresponde no concurrieron ni firmaron en las capitulaciones matrimoniales, éstas no tienen fuerza alguna; la ley supone que nada se ha pactado, y el matrimonio se entiende contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales.

Antes de celebrarse el matrimonio pueden, ciertamente, otorgarse otras capitulaciones matrimoniales en forma legal; pero mientras así no ocurra, el hecho de celebrarse la unión no puede dar validez á las capitulaciones nulas. Tampoco cabe confir-

mación del acto nulo mediante la aprobación de las personas que debieron concurrir y no concurrieron; primero, porque la concurrencia y firma de esas personas suponen su consentimiento, consentimiento esencial según los artículos 1318 y 1319, y los contratos en que falta el consentimiento no son confirmables (artículo 1310): segundo, porque la confirmación supone una alteración en el primitivo contrato, alteración que consiste en declarar válido lo que es nulo, y toda alteración, en este caso, exige los requisitos marcados en el art. 1319; y tercero, porque estimando desde luego la ley nulas las capitulaciones al faltar el concurso y firma de las personas á que se refiere, impone un régimen determinado, régimen que podría cambiarse sin las formalidades legales si bastase una aprobación ó consentimiento tardío y posterior á la nulidad.

Los dos últimos fundamentos pueden reducirse á uno solo, y cabe contestarlos satisfactoriamente. El primero es muy esencial. La ley liga con verdadera indivisibilidad el consentimiento de los menores, con el de las personas que deben concurrir al acto: el de estos solos no es suficiente, porque no son ellos los verdaderos interesados; el de los menores tan solamente, tampoco, porque son incapaces para consentir. El consentimiento en este contrato especial ha de formarse mediante la reunión ó concurso de todos y su conformidad; si estos requisitos no se completan, no hay consentimiento, no hay contrato; más que nulidad hay inexistencia, y no cabe confirmación, sino nuevas capitulaciones otorgadas en forma legal.

Por lo mismo la ley impone á los matrimonios contraídos en esas condiciones el régimen de la sociedad de gananciales, y es claro que este es el régimen que ha de subsistir en tal caso hasta la disolución del matrimonio. Si suponemos que no hay inexistencia, sino posibilidad de anulación, ó la nulidad de que habla la ley en los artículos 1300 y siguientes, al transcurrir los cuatro años de duración de la acción sin ejercitarse, las capitulaciones quedarían convalidadas por no poder nadie reclamar contra ellas, y al estimarse ya válidas por imposibilidad de anu-

larlas, regiría el sistema estipulado por las partes, y no el impuesto por la ley, lo cual sería improcedente. Es posible, que nadie pida el cumplimiento de la ley, y surtan efecto las capitulaciones nulas, pero lo real no es siempre lo legal, ni los hechos constituyen un argumento.

En el comentario del art. 1300 quedó perfectamente marcada la diferencia entre los contratos inexistentes y los actos nulos. El Código emplea la palabra *nulidad* en muchos de sus artículos con referencia á la inexistencia del contrato, y de aquí puede nacer alguna confusión; pero lo repetimos, las capitulaciones otorgadas por menores de edad, incapaces de consentir, según el art. 1261, sin la concurrencia de las personas que exige el 1318, constituyen un contrato inexistente, cuya inexistencia es consecuencia natural de la nulidad del acto: no se trata de una pura formalidad exigida por la ley, se trata de un requisito esencial sin el que no media verdadero consentimiento.

Laurent, Fiore, y otros escritores que hemos consultado, no hacen notar esta distinción; suponen que el acto es nulo y no rescindible, y bajo la base de la nulidad, aplican á las capitulaciones matrimoniales de un menor no asistido debidamente, toda la doctrina de nuestros artículos 1301 al 1309 y 1314, sosteniendo, no obstante, la imposibilidad de su confirmación, por envolver ésta un cambio ó alteración en el contrato primitivo: alteración que, después de todo, no es más que la natural que siempre se realiza en caso de confirmación.

De aquí la cuestión sostenida sobre si un tercero puede ó no pedir ó excepcionar la nulidad de las capitulaciones matrimoniales de un menor. Sostiene Laurent la opinión afirmativa, fundándose en que el tercero está interesado en ello, y así como á él puede oponer el menor la nulidad, el tercero debe poder también fundarse en ella. Fiore, por el contrario, sostiene que la nulidad se halla establecida en interés del incapaz y no puede emplearse en su perjuicio.

Si se tratase de un acto nulo (anulable), uniríamos nuestra opinión á la de Fiore. Los terceros nada tienen que ver con la

nulidad de los contratos, y por eso nuestro art. 1302 no les concede esa acción. Los terceros, como se desprende de los artículos 1101, 1291 y siguientes, y en general de los que se ocupan de derechos de los acreedores, mientras no sufran un perjuicio irreparable, no pueden provocar la ineficacia de ningún contrato, y cuando sufran ese perjuicio por no caber ningún otro medio reparador, tienen la acción rescisoria, cuya esfera de acción se extiende á todos los actos, sin mirar á su nulidad ó validez.

Pero si las capitulaciones matrimoniales de un menor, sin la concurrencia de las personas á quienes corresponde dar su consentimiento para el matrimonio, son inexistentes y no simplemente anulables, es claro que los terceros pueden alegar en todo tiempo esa inexistencia, y sostener contra la voluntad de los interesados, que para ellos no existe, con arreglo á la ley, más régimen económico en la sociedad conyugal que el de gananciales.

Bajo esta base creemos deben resolverse las cuestiones que en la aplicación del art. 1318 puedan presentarse.

C. *Códigos extranjeros.*—El art. 2127 del Código de Méjico es exactamente igual á la primera parte del 1318 del nuestro.

Concuerdan también con esa primera parte, aunque hablando de asistencia, y alguna menos precisión, los artículos 1398 de los Códigos de Francia y Bélgica, y el 1386 del de Italia. La segunda parte de nuestro art. 1318 da al precepto más alcance y fuerza.

El art. 206 del Código de Holanda también es concordante, y en un segundo párrafo exige que, cuando á falta de padres y abuelos, ó tratándose de hijos ilegítimos no reconocidos, deban intervenir los tutores y protutores del menor, á la solicitud para contraer matrimonio se acompañe un proyecto de las capitulaciones matrimoniales, para conceder de una vez la autorización para el acto y para el contrato.

El art. 1271 del Código de Chile dice: «El menor, hábil para contraer matrimonio, podrá hacer en las capitulaciones matri-

moniales con aprobación de la persona ó personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor, menos las que tengan por objeto renunciar los gananciales, enajenar bienes raíces, ó gravarlos con hipoteca, ó censos ó servidumbres. Para las capitulaciones de estas clases será siempre necesario que la justicia autorice al menor.»

El art. 1363 del Código de Venezuela habla también de aprobación, en vez de concurrencia, y exige autorización judicial, cuando el importe de los bienes exceda de 10.000 bolívares.

El Código de Alemania, artículos 104 y 106 al 108, exige como requisito general para contratar desde los siete á los veintiún años, el consentimiento de los representantes legítimos.

Tampoco hemos encontrado reglas especiales para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales de un menor, en los Códigos de Austria, Portugal y Guatemala.

ARTÍCULO 1319

Para que sea válida cualquiera alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales, deberá tener lugar antes de celebrarse el matrimonio y con la asistencia y concurso de las personas que en aquéllas intervinieren como otorgantes. No será necesario el concurso de los mismos testigos.

Sólo podrá sustituirse con otra persona alguna de las concurrentes al otorgamiento del primitivo contrato, ó se podrá prescindir de su concurso, cuando por causa de muerte ú otra legal, al tiempo de otorgarse la nueva estipulación ó la modificación de la precedente, sea imposible la comparecencia, ó no fuese necesaria conforme á la ley.

ARTÍCULO 1320

Después de celebrado el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros.

A. *Precedentes legales.*—Suelen señalarse á estos artículos algunos precedentes romanos. Las leyes 1.ª, tít. 4.º, y 72, párrafo 2.º, tít. 3.º, libro 23 del Digesto, permitían el otorgamiento y la alteración de los pactos nupciales, antes ó después de la celebración del matrimonio.

Respecto á España es claro que en Castilla no existe precedente legal alguno.

En Aragón, las observancias 41 y 42, *de generalibus privilegius,* permiten á los futuros cónyuges otorgar sus capitulaciones matrimoniales después de casarse, y por tanto, alterar las que pudieran haber otorgado antes.

En Cataluña existe, por costumbre, el mismo derecho.

En Navarra y Vizcaya, el sistema de organización del patrimonio familiar es siempre el reglamentado por sus fueros y costumbres: no existe alteración.

El art. 1242 del Proyecto de Código de 1851 decía: «Para ser válida cualquiera alteración que se haga en las capitulaciones, deberá practicarse con asistencia de todas las personas que concurrieron á ellas, extenderse en escritura pública, y ser anterior á la celebración del matrimonio».

Nuestro Código, siguiendo la doctrina del citado Proyecto y del de 1882, se ha separado de los principios del derecho romano, y de los precedentes que regían en Aragón y Cataluña, atendiendo á la verdadera naturaleza de las capitulaciones, y á lo establecido en la inmensa mayoría de los Códigos modernos.

B. COMENTARIO.—*Alteración de las capitulaciones matrimoniales.*—El precepto del art. 1320, puede decirse comprendido, aunque incidentalmente, en el 1319. Si para que sea válida cualquiera alteración en las capitulaciones matrimoniales, ha de tener lugar *antes* de la celebración del matrimonio, indudable es que *después*, dichas capitulaciones no pueden alterarse válidamente. He aquí por qué estudiamos unidos ambos artículos.

Ya el art. 1315 exige como requisito esencial en el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, que se otorgue antes de la celebración del matrimonio. La razón del precepto, según

expusimos, está, por una parte, en la necesidad de que el consentimiento que presten los interesados sea enteramente libre, temiendo la ley que no lo sea después de celebrarse la unión; y por otra, en el interés de los terceros para conocer el régimen adoptado y las estipulaciones hechas, partiendo de una época fija, después de la cual no pueda haber alteración. Inútil sería el precepto del art. 1315 en este sentido, si los cónyuges, aunque no pudieran otorgar sus capitulaciones matrimoniales después de contraído el matrimonio, pudiesen cambiarlas, alterarlas ó modificarlas en cualquier sentido: la falta de consentimiento libre en los interesados, y la incertidumbre en los derechos de terceros, se producirían del mismo modo permitiendo después del matrimonio, y en cualquier tiempo, el otorgamiento de las primeras capitulaciones ú otras nuevas, que consintiendo su alteración.

Por otra parte, las capitulaciones matrimoniales, aunque irrevocables, son condicionales: todo se estipula bajo la base de que el matrimonio llegue á efectuarse; de modo que hasta que este caso llegue nada hay definitivo, no produce el acto efecto alguno. Puede haberse olvidado algún detalle importante, ocurrir algún hecho nuevo que exija una nueva estipulación ó modificación en las primitivas, haberse comprendido los inconvenientes y perjuicios de alguna de las cláusulas ó reglas aceptadas, ó de todo el sistema que en principio se adoptó, ó mediar alguna circunstancia que motive un cambio ó adición ó eliminación cualquiera, y en todos estos casos justo es permitir á los interesados la alteración ó modificación de las capitulaciones. ¿Cuándo? Lógicamente antes de la celebración del matrimonio, porque después el acto es ya irrevocable é irreformable, y porque, aun cuando no exista verdadera revocación al mediar la conformidad de todos los interesados como otorgantes, existen las razones expuestas para no consentir la posterior alteración.

Podían adoptarse en esta materia tres criterios distintos: 1.°, declarar las capitulaciones matrimoniales, una vez otorgadas irrevocables é irreformables; 2.°, permitir su alteración y

aun el otorgamiento de otras nuevas antes de la celebración del matrimonio; y 3.º, facultar á los interesados para modificar en cualquier tiempo el contrato matrimonial, en absoluto ó mediante el cumplimiento de determinados requisitos.

La primera solución era tan injusta como innecesaria. La segunda se acepta en la mayoría de los Códigos. La tercera era la admitida en Roma, y es hoy la legal en Méjico, Guatemala y Alemania, así como en Aragón y Cataluña. En Alemania, de las capitulaciones matrimoniales y de toda alteración en ellas se toma razón en un Registro especial para conocimiento de terceros y eficacia con relación á los mismos: sistema que evita uno de los principales inconvenientes de la permisión de alterar en cualquier tiempo dichas capitulaciones.

Alterar es cambiar, modificar en su esencia ó en sus detalles ó circunstancias alguna cosa ó acto. Propiamente, la alteración de las capitulaciones supone la anterior existencia de éstas, y su modificación en varios puntos más ó menos importantes, pero nunca un cambio completo, una anulación total del contrato primitivo. Sin embargo, dando á la palabra un sentido amplísimo, comprende un segundo contrato de igual naturaleza, que difiere en todo ó en parte del primero. La cuestión es legalmente indiferente: antes de la celebración del matrimonio, la ley permite toda alteración, sea la que fuere su importancia, pues para ella exige exactamente los mismos requisitos que para el otorgamiento de las primitivas capitulaciones, y con el nombre de alteración ó con otro cualquiera es válido el cambio si se cumplen esos requisitos legales.

Para la validez de toda alteración en las capitulaciones matrimoniales, exige nuestro Código las condiciones siguientes:

1.º Que tenga lugar antes de la celebración del matrimonio (artículo 1320).

2.º Que asistan y concurran al acto las mismas personas que intervinieron como otorgantes en dichas capitulaciones (artículo 1319).

3.º Que se haga constar en escritura pública, ó, no excedien-

do de cierta cantidad, en documento otorgado ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos (arts. 1321 y 1324).

4.º Para su eficacia con relación á terceros, nota en el original de la escritura del contrato é inscripción en el Registro de la propiedad si procediese (art. 1322), y, en su caso, en el Registro mercantil.

Estudiaremos en este lugar, con separación, los dos primeros requisitos, objeto de los artículos que ahora nos ocupan.

I.—*Anterioridad á la celebración del matrimonio.*

Las capitulaciones no pueden otorgarse ni alterarse las ya otorgadas después de la celebración del matrimonio. En este punto, para apreciar su validez, existen como datos seguros, la fecha del matrimonio celebrado ante el Párroco ó ante el Juez municipal, y la fecha del contrato, puesto que ambas han de constar de modo que hagan fe. Sólo puede haber duda en el caso de que ambos actos se realicen en el mismo día, ya que no es costumbre determinar la hora. En tal caso, lógico es presumir que se ha cumplido la ley; pero si se suscitase cuestión, decidirá el resultado de la prueba.

Puede ocurrir que en la escritura de capitulaciones matrimoniales se afirme el otorgamiento como anterior al matrimonio celebrado en el mismo día, y que no haya ocurrido así en realidad. Á pesar de esa afirmación, la jurisprudencia francesa ha decidido que cabe la prueba en contrario, porque en esa parte el Notario no da fe de hecho alguno que le conste y presencie, sino que, incidentalmente, por error ó costumbre, ó como referencia de las partes, consigna una simple manifestación que no puede tener eficacia respecto á terceros. Laurent sostiene la misma opinión. Entre nosotros ha de aplicarse la doctrina del art. 1218 del Código civil.

Resultando, pues, posterior al matrimonio el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, ó su alteración, el acto no tiene validez alguna: es, más que nulo, inexistente. Las capitu-

laciones son un contrato que se otorga por los futuros cónyuges antes de la celebración del matrimonio, según el art. 1315; el contrato que otorguen los cónyuges ya casados, es un contrato distinto; las capitulaciones ó su alteración, legalmente no existen. Como consecuencia, cualquiera persona interesada, y en cualquier tiempo, puede alegar esa inexistencia por vía de acción ó por vía de excepción, sea quien fuere el perjudicado ó el beneficiado con esta solución.

Si no existe contrato, ó éste es nulo, y consta, porque se reclama, la nulidad, la ley impone el régimen de la sociedad legal de gananciales, y éste rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y respecto á terceros. El contrato posterior no tiene eficacia alguna, no puede cambiar aquellas relaciones: los artículos del Código relativos á dicna sociedad, han de ser siempre los aplicables.

Si existe contrato, á él han de amoldarse los cónyuges y los terceros; no cabe después del matrimonio cambio ni modificación alguna, ó lo que es lo mismo, no pueden esos cambios tener eficacia, pues las capitulaciones han de subsistir tales como fueron hechas antes del matrimonio.

La duda apuntada por algún autor acerca de si será permitido á los cónyuges acogerse al sistema de gananciales, preferido por la ley, después de haber estipulado un régimen distinto, es completamente infundada. Como dice Navarro Amandi, el texto de la ley es clarísimo y terminante: todo cambio ó alteración en cualquier sentido está prohibido después de la celebración del matrimonio, sin que pueda admitirse excepción á favor de un sistema que, después de todo, no es preferente, sino supletorio.

Suscítanse también otras diferentes cuestiones por los autores extranjeros. Las capitulaciones nulas otorgadas antes de la celebración del matrimonio, ¿pueden ser confirmadas válidamente después? Las capitulaciones ó su alteración hechas durante el matrimonio, ¿pueden ser confirmadas después de la disolución de éste? En general: ¿cabe alterar las capitulaciones

matrimoniales, cuando una vez disuelto el matrimonio, no hay razón para prohibir cualquier modificación?

Debe suponerse en el primer caso que se trata de un vicio que no envuelve la inexistencia, sino la simple nulidad ó posible anulación, pues si no hubiese legalmente contrato, no cabría, según hemos visto en el comentario del artículo anterior, confirmación alguna. Se sostiene la validez de la confirmación en aquel caso, porque en realidad no existe nuevo contrato ni alteracíón alguna del antiguo, sino que, conservando éste tal como existía antes de celebrarse el matrimonio, se aplica la regla general de poder confirmarse legalmente. Opónese á esta solución, que declarar válido un acto nulo, envuelve una alteración profunda, y que, una vez casados los cónyuges, por el mero hecho de serlo, no tienen capacidad para la confirmación.

En realidad, el primer argumento de esta segunda opinión, parece á primera vista de poca fuerza: la alteración que se produce es la natural en todo acto de confirmación: ó es permitido ó no confirmar; si lo fuese, esa alteración sería permitida, porque en este sentido alterar y confirmar es una sola y misma cosa. Respecto al segundo, la solución es dudosa. Uno de los futuros cónyuges, mayor de edad, consiente, por ejemplo, con error; después de celebrado el matrimonio, apercibido de su error, confirma el contrato: éste es el caso en una de sus varias aplicaciones. Parece que no hay inconveniente en admitir la confirmación, porque el contrato, aunque anulable, existe mientras no se reclame su nulidad por quien corresponda, y empieza á surtir efectos, y los surtiría hasta el fin, si prescribiese la acción, por lo que la confirmación expresa es, si se quiere, innecesaria; pero si el silencio continuado es bastante, ¿á qué conduce prohibir su confirmación? Los terceros son extraños á esta cuestión, porque la nulidad no se ha establecido en su interés; podrán rescindir el acto, sea válido ó nulo, si se otorgó con fraude y no tienen otro medio de reparación: no pueden anularlo. La cuestión parece, por tanto, indiferente.

Sin embargo, hay que atender al espíritu del precepto del

art. 1320. El cónyuge puede ser durante el matrimonio precisado en cierto modo, por halagos ó violencia, á la confirmación, no siendo, por esto, libre su consentimiento, y esta es una de las razones de la prohibición de alterar las capitulaciones en esa época. La confirmación expresa puede ser innecesaria; pero ¿no significa una renuncia del derecho de reclamar, dentro del tiempo prefijado por la ley, la nulidad? ¿Cabe admitir esta renuncia durante el matrimonio? Nos parece lo más legal prohibirlas, en materia que afecta á las capitulaciones matrimoniales. Quede en buen hora la confirmación tácita por el transcurso del tiempo, sea la que fuere la causa que la produzca, pero no se agrave el mal con la admisión de confirmaciones expresas.

La segunda cuestión es bien sencilla. Ni las capitulaciones matrimoniales ni la alteración de ellas, que puedan haberse intentado durante el matrimonio, existen legalmente, por lo que no cabe en ningún tiempo su confirmación, y por tanto, es indiferente que se haya ó no disuelto el matrimonio.

¿Cabe alterar después de la disolución del matrimonio las capitulaciones matrimoniales hechas legalmente, ó el régimen impuesto por la ley á falta de contrato? Esta cuestión es más general, y en ella no se trata de confirmar, sino de alterar. Los que se casan han de seguir un régimen económico cualquiera, sea el adoptado en su contrato antenupcial, sea el de la sociedad de gananciales. Es claro que este régimen cesa al cesar la unión; ya no hay matrimonio, ya no es necesario régimen alguno. El cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto hacen un nuevo convenio: pueden ciertamente hacerlo; los interesados son libres para transigir y contratar siempre que lo hagan sin perjuicio de tercero.

Ahora bien: si se trata de dar fuerza á una alteración nula hecha durante el matrimonio, de aplicar para la liquidación de la sociedad conyugal disuelta un régimen distinto al legal, ó al estipulado libremente en tiempo oportuno, los convenios ó transacciones entre un cónyuge y los herederos del otro, tendrán entre las partes la eficacia que les preste su recíproca obser-

vancia, pero en modo alguno pueden oponerse á terceros interesados, ni perjudicarles. Fiore aclara la doctrina con un ejemplo: dos cónyuges durante el matrimonio estipulan la comunidad. Disuelto el matrimonio, el cónyuge sobreviviente transige con los herederos del cónyuge difunto, y admite la validez de la convención, acordando entregarles la mitad de los muebles, que, sin la comunidad, le pertenecerían por entero. Sus acreedores perjudicados por esta transacción que disminuye la garantía de sus créditos, ¿pueden impugnarla? Evidentemente, sí: la comunidad entre los cónyuges no existía legalmente; con relación á los terceros, la pretendida libertad de transigir no tiene eficacia alguna.

Las estipulaciones posteriores á la disolución del matrimonio, en tanto son, pues, válidas, en cuanto se apliquen sólo para lo futuro, sin desvirtuar ni impedir ninguno de los efectos que el régimen voluntario ó legal aceptado debieran producir.

La ley prohibe en el art. 1320 toda alteración en las capitulaciones matrimoniales, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros, después de celebrado el matrimonio. No prohibe alterar cuanto propiamente no constituya esas capitulaciones, cuyo concepto hemos fijado al comentar el art. 1315. En este punto es necesario tener bien en cuenta el carácter y alcance de la nueva estipulación, para no envolver en la nulidad ó en la inexistencia de una convención otras distintas que, aun comprendidas en el mismo documento, no constituyan reglas especiales que fijen las relaciones patrimoniales entre los esposos durante la sociedad conyugal, ni estén íntimamente ligadas á á ellas, ó no envuelvan ninguna alteración en las mismas.

Para apreciar si una convención está ó no comprendida en el art. 1320, hay que atender:

A la naturaleza de esa convención: á su enlace ó relación con las capitulaciones matrimoniales: á si realmente comprende alguna alteración; y á si la ley impone esa alteración en casos especiales.

La naturaleza de la convención es la primera regla. Si la

convención se realiza entre los esposos, y se refiere al régimen económico adoptado, ya en general, ya en algunos de sus detalles, á los bienes aportados por los cónyuges ó á sus derechos sobre ellos, á las relaciones patrimoniales de presente ó para lo futuro, es evidente que se trata de una verdadera convención matrimonial, que no puede modificar ni alterar lo que la ley considera inmutable. El cambio de régimen durante el matrimonio; la estipulación de que determinados bienes propios de uno de los cónyuges, según el primitivo contrato, se consideren comunes, ó viceversa, de que lo que debe ser común se convierta en privativo; las nuevas donaciones entre los esposos; la reducción ó revocación de una donación por cualquiera de ellos; el cambio en la naturaleza de los bienes aportados, considerando como parafernales los dotales ó al contrario; la renuncia ó abdicación de derechos estipulados para el presente ó para el porvenir, ya en absoluto, ya limitadamente á una cantidad ó á un derecho, como el usufructo, los intereses, etc.; el cambio en el modo de liquidar la sociedad conyugal, la declaración de inalienabilidad de los bienes dotales si no fué expresamente estipulada con anterioridad, etc., son todas convenciones prohibidas por su propia naturaleza durante el matrimonio.

Como dijimos en su lugar, sólo los futuros esposos son los contratantes propios de las capitulaciones matrimoniales. Los padres, ascendientes, parientes ó terceros en general que hacen donaciones á los esposos, quedan como extraños al acto. Estos terceros pueden hacer, durante el matrimonio, las liberalidades que quieran, imponiendo como dueños las condiciones que á bien tengan, exigiendo que sean privativas de un cónyuge, aun en el régimen de comunidad, ó comunes aun en el régimen de separación, prohibiendo la enajenación de los bienes, estipulando la reversión, etc.

Pero respecto á la dote y donaciones anteriores al matrimonio, no cabe más alteración que la estipulada de antemano. El esposo renuncia á alguna de ellas, consiente en que no se entregue hasta la muerte de los donantes, ó se conforma con el usu-

fructo en vez de la propiedad, ó perdona parte de rentas ó intereses, ó transige con la inalienabilidad de bienes dotales enajenables, ó bien el donante intenta revocar en todo ó en parte su donación, ó convertir bienes propios en comunes, etc. Estas convenciones no son propias de las capitulaciones matrimoniales, pues pudieran existir con separación, y no se realizan entre los esposos, sino con un tercero, pero están íntimamente ligadas con dichas capitulaciones, quedaron irrevocablemente unidas á la existencia de las mismas, y por ello envuelven una alteración, no consentida por la ley, puesto que sufren un cambio las aportaciones de los cónyuges, ó sus derechos, ó una parte de las condiciones bajo que fué fundada la sociedad conyugal. El esposo, en las capitulaciones matrimoniales, entrega determinados bienes en arrendamiento á su padre: es un contrato extraño, y puede anularlo en principio ó renunciar la renta; pero si se convino que ésta había de ser un ingreso en la sociedad, la renuncia no sería permitida, por envolver un cambio ó alteración.

Ahora bien: aun tratándose de una convención entre los esposos, propia de las capitulaciones matrimoniales, cabe que sea permitida durante el matrimonio, si en realidad no envuelve alteración. En este caso se hallan aquellas convenciones que, sin producir novación en las relaciones existentes, tienden á garantizarlas mejor ó á asegurar la observancia de las obligaciones contraídas. El marido, por ejemplo, no constituyó hipoteca en garantía de las aportaciones dotales de la mujer; la hipoteca hecha ó aumentada durante el matrimonio con ese fin es un acto válido.

Tampoco existe alteración en el hecho de hacer constar la entrega de bienes prometidos, ó asegurar con prenda ó hipoteca esa entrega; en aceptar herencias, legados ó donaciones que aumentan el capital de la sociedad; en la simple interpretación racional de cláusulas legalmente estipuladas, y en los actos de disposición ó ejercicio por los cónyuges de los derechos que les fueron concedidos. Así, las donaciones hechas á los hijos para su

colocación ó matrimonio; el legado por uno de los cónyuges de bienes ó derechos que le son propios; la disposición testamentaria, en general, sobre los mismos; el cambio de empleo del capital dotal, parafernal ó común; el convenio de recibir una donación en otra clase de bienes de los que se estipularon sin alterar su valor; la extinción de la vida en común con los padres ó ascendientes de cualquiera de los esposos, etc., constituyen otros tantos actos permitidos por no suponer verdadera alteración.

Por último, en caso de acordarse judicialmente la separación, la ley impone un régimen distinto al estipulado, y los interesados pueden válidamente celebrar convenios relativos al nuevo modo de ser de la sociedad conyugal. En el caso del artículo 50, núm. 3.°, el marido puede recibir durante el matrimonio la administración de sus bienes, que no le fué concedida al casarse.

II.—*Concurrencia al acto de las personas que intervinieron como otorgantes en las primitivas capitulaciones matrimoniales.*

Antes de la celebración del matrimonio, la ley permite toda alteración en las capitulaciones: las partes pueden hacer un contrato nuevo ó modificar el primitivo. Como en ambos casos el contrato primero queda sin efecto, hay que aplicar el art. 1319, que preve las situaciones diversas que se pueden presentar.

Antes de la celebración del matrimonio, recobra, pues, su imperio el derecho común. Las obligaciones se extinguen por el mutuo disentimiento: la ley no considera aún necesario imponer la inmutabilidad de las capitulaciones. Mas para que valgan las nuevas estipulaciones; para que el mutuo disenso desate las obligaciones contraídas, es indispensable que consientan en la alteración cuantos quedaron ligados en virtud del primer contrato. Secretamente, á la espalda de alguno de los otorgantes, no cabe alterar lo convenido.

¿Á qué personas se refiere el art. 1319? En primer término, á los futuros esposos, porque sin ellos no caben capitulaciones

ni alteración en las mismas. En segundo lugar, á aquellas á que se refieren los arts. 1318 y 1323, que completan la personalidad del menor ó incapacitado, y que son propios y verdaderos otorgantes en dichas capitulaciones. Por último, se refiere también á aquellas otras personas que intervinieron en el contrato primitivo, haciendo á los esposos donaciones ó prometiéndolas, y contratando con ellos. Estos otorgantes, como dijimos, no son indispensables en las capitulaciones; celebran, en realidad, un contrato distinto, que puede constar con separación; pero intervinieron al fin en las capitulaciones, realizaron actos íntimamente ligados á ellas, donaron ó contrataron bajo la base del régimen que se estableció y mediante la adopción de las reglas que se convinieron, y sería ilógico y antijurídico prescindir de ellas, y alterar sin su anuencia lo que tal vez fué la causa de su liberalidad y de su consentimiento.

No intervienen como otorgantes los testigos, y á ellos se refiere expresamente la ley, ni el Notario, ni las personas que pudieran haber estado presentes al acto, pero sin hacer estipulación ni promesa alguna, como los padres de los contrayentes mayores de edad, ni las que hubiesen intervenido innecesariamente en el primitivo contrato, realizando alguna estipulación en la que nada pueda influir la alteración ó no alteración de las capitulaciones matrimoniales.

Exige el art. 1319 la asistencia y concurso de las personas que intervinieron como otorgantes. ¿Podrán dar poder á un tercero para que asista y concurra en su nombre? Los Códigos de Francia é Italia requieren la presencia y consentimiento de las mismas personas. A pesar de esto, Fiore, interpretando el Código civil italiano, afirma que la ley no exige la intervención personal ni el consentimiento prestado personalmente, por ser máxima general de derecho, que, no estando expresamente prohibido, todos pueden estipular por medio de mandatario. Laurent, al comentar el Código francés, sostiene en cambio que, exigiendo la ley *la presencia* de los interesados, no cabe suscitar cuestión, pues la letra de la ley claramente prescribe la intervención

personal. Nosotros, por las razones apuntadas en el comentario del art. 1318, admitimos excepcionalmente la representación, mas sólo en el caso de que detalladamente se determinen en el poder las reglas y condiciones bajo las cuales se consiente en la alteración ó modificación.

Preve nuestro Código, á diferencia del francés é italiano, la imposibilidad de la asistencia de las personas á que se refiere por causa de muerte ú otra legal, y la no necesidad actual de esa asistencia. Parece escrito este precepto con relación principalmente á las personas que deben asistir á los menores ó incapacitados en las capitulaciones matrimoniales, con arreglo á los artículos 1318 y 1323; pero como precepto de carácter general, ha de aplicarse en todos los casos en que fuese necesaria ó procedente esa aplicación.

El padre ó el abuelo que dieron su consentimiento para el matrimonio é intervinieron en las primitivas capitulaciones del menor, han muerto ó han perdido la razón. Es imposible que intervengan en las alteraciones que se intentan. ¿Quiere decir la ley que no intervenga nadie? Desde luego, no; quiere que asistan las personas á quienes corresponda sustituir, con arreglo al art. 45, á los imposibilitados de intervenir. Lo que consiente es que no sean precisamente los mismos que antes intervinieron, porque eso no es posible.

El tutor ó el presidente del consejo de familia han sido separados del cargo, ó se hallan ausentes en ignorado paradero: intervendrán el tutor nombrado de nuevo al efecto, ó el nuevo presidente de dicho consejo.

No cabe suponer la falta de los mismos futuros contrayentes. Cabe, sin embargo, que en la alteración tengan que intervenir otras personas además de los futuros esposos, completando su personalidad. Así ocurre en el caso de haber sido declarado pródigo ó privado de la administración de sus bienes por la pena de interdicción alguno de los contrayentes después de otorgadas las primitivas capitulaciones, ó en el de haberse promovido juicio con el indicado fin.

¿Qué hacer en caso de muerte, incapacidad ó ausencia de alguna de las personas que intervinieron como donantes haciendo estipulaciones íntimamente relacionadas con el contrato matrimonial? En nuestra opinión, esas personas deben ser sustituídas por sus herederos ó representantes legítimos para confirmar ó alterar lo estipulado anteriormente. Si no intervinieran, cabría renunciar esa donación; y prescindiendo de ella, celebrar el nuevo contrato, en el que de ese modo ya no será necesaria esa intervención.

El segundo caso de excepción es precisamente el que queda indicado: no ser ya necesaria, conforme á la ley, la asistencia y concurso de alguna de las personas que intervinieron en el primitivo contrato. La más importante aplicación de esta excepción se refiere también á los artículos 1318 y 1323. El menor ha cumplido veintitrés años; aquel contra quien se promovió juicio de interdicción ó inhabilitación, fué absuelto ó declarado capaz; ya no hace falta la intervención de los padres, abuelos, consejo de familia ó tutor especial; ya basta el consentimiento del que es mayor de edad y capaz; ya no exige la ley, por ser innecesaria, la presencia de las personas que con tal carácter figuraron en las capitulaciones primitivas.

Si en el primer contrato sólo intervinieron los futuros esposos mayores de edad y capaces para contratar, sólo ellos exige la ley que intervengan en la alteración.

En el caso de que en la alteración de las capitulaciones matrimoniales, salvo los motivos de excepción, no asistan y concurran las personas cuya asistencia y concurso es indispensable con arreglo á la ley, la alteración no existe, rige el primer contrato, sin que quepa, por tanto, la confirmación, y sí sólo un nuevo contrato hecho en forma legal.

C. *Códigos extranjeros.*—Permiten el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales y su alteración durante el matrimonio, las legislaciones de Méjico, Alemania y Guatemala, pues aun estimándolas irrevocables, consideran que quedan sin efecto por el disentimiento mutuo. Véanse los arts. 2114 del Código de

Méjico, 1432 del de Alemania y 1186 del de Guatemala. Según éste, las capitulaciones pueden revocarse en virtud de las disposiciones del Código, en caso de divorcio ó separación, ó por convenio expreso de las partes.

Todas las demás legislaciones aceptan la doctrina de nuestro Código, cuyos arts. 1319 y 1320 concuerdan en su esencia con los 1383 y 1385 del Código de Italia, 1396 y 1395 de los de Francia y Bélgica, 203 y 204 del de Holanda, 1723 y 1722 del de Chile, 1366 del de Venezuela, que comprende en un solo artículo ambos preceptos, y 1105 del de Portugal. En este último el art. 1319 no tiene concordante.

En Méjico y Guatemala, los arts. 2116 y 1187, requieren para la alteración de las capitulaciones las mismas solemnidades que para su otorgamiento.

ARTÍCULO 1321

Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública, otorgada antes de la celebración del matrimonio.

Se exceptúan de esta regla los bienes que se hallen en las condiciones á que se refiere el art. 1324.

A. *Precedentes legales.*—No existen en nuestra patria precedentes legales de este artículo.

Por derecho romano, dice Goyena, para la validez de los pactos dotales, no era necesaria la escritura, y podían probarse de otro modo: leyes 6.ª, tít. 11, única, párrafos primero y último, tít. 13, y 15, tít. 12, libro 5.º del Código.

Sólo se reputaba necesaria en los matrimonios de personas ambas ilustres ó de condición desigual, ó cuando el patrono casaba con su liberta, *Autent. maximis* y *sed juro novo.* tít. 4.º, libro 5.º del Código; Novela 117, cap. 4.º; Novela 78, y la ley 23, párrafo 1.º, del mismo título y libro.

En Aragón, las capitulaciones matrimoniales pueden constar en documento público ó privado.

En Cataluña, por costumbre, se otorga escritura pública.

En Navarra y Vizcaya es también frecuente que se cumpla esta formalidad.

El proyecto de Código de 1851, art. 1242, decía: «Las capitulaciones matrimoniales deberán hacerse en escritura pública, so pena de nulidad, salvo lo dispuesto en el art. 1244.»

Añadía el 1243 lo siguiente: «La escritura de capitulaciones matrimoniales deberá contener: 1.° El inventario ó descripción de los bienes que aportare el marido, con expresión del valor, á lo menos de los muebles. 2.° Nota expresiva de las deudas de cada contrayente.

B. *Comentario.*—El art. 1321 exige en principio que las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas, consten por escritura pública otorgada antes de la celebración del matrimonio. Sigue en esto la doctrina de casi todos los Códigos extranjeros. Como excepción, y amoldándose á la base 22, rige el precepto del art. 1324.

No basta, pues, que el acto se consigne por escrito, ni aun que medie documento público: se exige precisamente la escritura pública, la intervención del Notario. Ni es innecesaria repetición, propia de una obsesión del legislador, el insistir en que las capitulaciones y cuanto las altere ó modifique, tengan lugar antes de la celebración del matrimonio, porque ahora se refiere á la escritura pública, que precisamente ha de estar otorgada antes de esa época.

¿Por qué exige la ley escritura pública en las capitulaciones? Preciso es confesar que si algún contrato merecía esta exigencia, ninguno más indicado que el que nos ocupa. Son las capitulaciones matrimoniales, como se ha dicho con razón, un verdadero pacto entre dos familias: más que un contrato, un régimen. Median en ellas donaciones, se constituye una sociedad, se hacen estipulaciones diversas, que interesan no sólo á los futuros esposos, sino también á sus padres, y á sus hijos y á los terceros. Su importancia es excepcional. La fecha de las capitulaciones debe ser indubitada por los efectos que produce; lo con-

signado ha de ser claro, seguro, irreformable. ¿Bastaría contentarse con simples documentos privados? Evidentemente, no. Sería preciso exigir que se diese autenticidad á su fecha con arreglo al art. 1227; que se depositase el contrato en el oficio de un Notario, por ejemplo, para que en cualquier tiempo pudiera consultarse, y no sufriese extravío ni fuese posible su alteración ó suplantación; que no quedase abandonada su redacción y alcance á la ignorancia ó impericia de las partes ó de un cualquiera, tratándose de materias tan difíciles, complicadas y trascendentales como las que son objeto de estos contratos. ¿Cómo conseguir todo esto? Sólo había un medio práctico y seguro: la escritura pública, que da autenticidad completa á la fecha y á las estipulaciones de las partes, y ofrece la seguridad de la conservación, y la garantía de acierto, legalidad y previsión que les presta la intervención del Notario. Este medio ha sido exigido como indispensable en casi todas las legislaciones de Europa y América, y con sobrada razón lo impone la base 22 y el art. 1321.

¿Cuál es el alcance del precepto? ¿Se trata sólo de una formalidad á que puedan compelerse las partes, si les conviniere, con arreglo al art. 1279? ¿Se exige sólo para la eficacia del contrato respecto á terceros, como parece desprenderse del núm. 3.º del artículo 1280? ¿Es quizás un requisito indispensable para la validez de las capitulaciones matrimoniales? Examinemos esta cuestión, que al parecer no se presenta muy clara en el Código.

«Los contratos, dice el art. 1278, serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.»

«Si la ley exigiese, añade el 1279, el otorgamiento de escritura ú otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente á llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.»

«Deberán constar en documento público, expresa el art. 1280: .... 3.º, las capitulaciones matrimoniales y la constitución y au-

mento de la dote, siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas.»

Queda marcada la inteligencia que en general debe darse á estos preceptos en su respectivo comentario; pero es preciso añadir algo respecto á su aplicación en el caso que nos ocupa, relacionándolos con la base 22 y con los artículos 1321 y 1322. Este ultimo, para la eficacia legal de la alteración en las capitulaciones matrimoniales respecto á terceros, no se contenta con la escritura pública, sino que exige otros requisitos, lo cual no parece muy conforme con lo establecido en el núm. 3.º del artículo 1280.

El art. 1278 ha de ser la base, puesto que, sea la que fuere la importancia de las capitulaciones matrimoniales, al fin constituyen, según el Código, un contrato. La forma en este es indiferente, siempre *que concurran los requisitos esenciales para su validez*. En este punto suele hacerse una referencia al art. 1261, considerando como requisitos necesarios para la validez de todo contrato, el consentimiento, el objeto cierto y la causa, y relegando todo lo demás á un lugar secundario que no afecta á esa validez. Esta es, si se quiere, la doctrina general con relación á todo contrato, no el criterio con que han de ser resueltos casos especiales.

Si la ley, tratándose de un contrato determinado, exige un requisito necesario para su validez, aparte del consentimiento, el objeto y la causa, ese contrato, con arreglo al mismo art. 1278, no será obligatorio entre las partes, precisamente porque faltará un requisito necesario para su validez. En las mismas capitulaciones matrimoniales tenemos un ejemplo clarísimo: han de otorgarse antes de la celebración del matrimonio; si se otorgan ó alteran después, no hay contrato eficaz, no hay obligaciones, no hay nada, aunque medie el consentimiento, y haya causa y objeto cierto.

En cuanto á la forma tenemos otras aplicaciones claras. Para que sea válida la donación de cosa inmueble, dice el art. 633, ha de hacerse en escritura pública. El censo enfitéutico, prescribe

el art. 1628, sólo puede establecerse sobre bienes inmuebles y en escritura pública. Cuando á la sociedad se aporten bienes inmuebles ó derechos reales, será necesaria la escritura pública (art. 1667). Además de los requisitos exigidos en el art. 1857, es indispensable para que la hipoteca sea válidamente constituída, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la propiedad (art. 1875); ¿cómo inscribir sin que medie escritura pública? Sobre todo en los casos piimero y último, artículos 633 y 1875, no puede negarse que la ley exige la escritura pública como requisito necesario para la validez, no como mera formalidad ó documento de prueba á que puedan las partes compelerse con arreglo al art. 1279, porque si pudiera prescindirse de ella, y quedaran obligadas esas partes, de todos modos, en cualquier forma, el precepto sería ridículo, podría prescindirse de un requisito que la ley estima necesario para la validez, ó lo que es lo mismo, ni habría tal necesidad, ni la escritura influiría para nada en el nacimiento y eficacia de la obligación. El art. 1278 resuelve claramente la cuestión. Son casos especiales, en los que el consentimiento, el objeto y la causa no son los solos factores que deben tenerse en cuenta, porque la ley quiere como elementos indispensables alguna cosa más. No es cuestión de forma, es cuestión de esencia.

Á la misma conclusión puede llegarse aun estimando la escritura como mera formalidad, en el caso de ser legalmente necesaria para hacer efectivas las obligaciones nacidas del contrato. Del art. 1279 se deduce que, aun suponiendo existente el contrato, cuando la ley exige la escritura, las partes, para hacer efectivas las obligaciones, para poder reclamar sus derechos, han de exigir primero el otorgamiento de dicha escritura, ó lo que es lo mismo, que sin ella no pueden pedir el cumplimiento de la obligación.

Sin entrar en tales distingos, como cosa natural y corriente, Fiore y Laurent afirman, como principio indudable, que las capitulaciones matrimoniales que no consten en documento público, son, más que nulas, inexistentes, y, por tanto, de imposible

confirmación, porque no se trata de un medio de prueba, de una mera forma, sino de una condición de existencia.

«Los arts. 1394 y 931—dice Laurent—se hallan redactados en el mismo sentido, por lo que es preciso deducir que el contrato de matrimonio es un acto solemne, lo mismo que la donación; lo que significa que el escrito auténtico es una condición requerida para la existencia del contrato. De aquí que un contrato de matrimonio extendido en documento privado es más que nulo, es inexistente. Los autores no discuten la cuestión, admiten implícitamente el principio.»

«La jurisprudencia—dice Fiore—ha confirmado repetidamente el precepto de la ley, declarando, como consecuencia de la inobservancia del mismo, la nulidad del contrato, no sólo en su relación con los terceros, sino aun entre las partes. La formalidad del documento público para el contrato de matrimonio, como para la donación, es condición, más que de su validez, de su misma existencia.»

¿Es que el sistema del derecho francés y del italiano en materia de contratos es distinto del nuestro? No tal: el sistema es el mismo; en general, existe el contrato desde que media capacidad, consentimiento, objeto y causa. ¿Es que los arts. 1382 del Código de Italia y 1394 del de Francia están redactados en forma tal que declaren la nulidad é inexistencia de las capitulaciones no consignadas en documento público? Tampoco; sólo dicen que deberán constar en acta notarial. Es que los comentaristas extranjeros ven que se exige en estos contratos un requisito especial no exigido en otros, y estiman que es indispensable para justificar, no ya la validez, sino la existencia misma de las capitulaciones.

Nuestro Código civil, ni en la base ni en el artículo, impone la nulidad por falta del requisito de escritura pública, á diferencia de los arts. 633 y 1875 del mismo Código; pero es lo cierto que exige en las capitulaciones matrimoniales esa condición como necesaria, mientras que en otros contratos no se cuida de prescribirla, y es también cierto que sería anómalo que en las dona-

ciones de inmuebles y derechos reales, y en la sociedad á que tales bienes se aporten, fuera requisito indispensable para su validez la escritura pública, y no lo fuese en las capitulaciones matrimoniales, que envuelven aquellos mismos actos reunidos y algunos más, y tienen más importancia y trascendencia.

Pero aun hay más. El art. 1321 exige terminantemente que la escritura pública se otorgue antes de la celebración del matrimonio. Luego si no media tal escritura, si no se otorga, ¿á qué quedan reducidas las capitulaciones matrimoniales?

Supongamos unas capitulaciones consignadas en documento privado. ¿Puede una de las partes exigir de otra el cumplimiento de las obligaciones allí contenidas? Antes de la celebración del matrimonio, no, porque no nace de tal contrato obligación alguna, con arreglo al art. 1326, hasta que el matrimonio se realice. Después de realizarse éste, tampoco, porque el artículo 1321 exige que *antes* se otorgue la escritura pública. Luego las capitulaciones matrimoniales consignadas en documento privado no tienen eficacia alguna ni entre las partes ni con relación á terceros; pueden, á lo más, servir para que uno de los interesados compela al otro al otorgamiento de la escritura; pero los derechos y las obligaciones consignadas en las mismas no pueden ejercitarse, no existen, mientras esa escritura no se otorgue antes de la celebración del matrimonio. Luego, en resumen, tenemos que aceptar en nuestro Derecho el mismo criterio seguido por Fiore y Laurent, y la jurisprudencia en Francia y en Italia. No vemos legalmente otra solución.

Ahora bien: el precepto se refiere á las capitulaciones matrimoniales propiamente dichas, no á otros actos ó contratos más ó menos extraños á ellas que puedan otorgarse con independencia. Una donación de bienes muebles, por ejemplo, será perfectamente válida hecha por escrito, y aun verbalmente, con entrega y recibo simultáneo. Si su efectividad depende de la celebración del matrimonio, estará sujeta á condición, pero podrá exigirse al celebrarse éste, aunque no se haya otorgado escritura pública.

Por otra parte, el documento privado que en ese caso se otorgue podrá servir de medio de prueba, con arreglo á su naturaleza y á la autenticidad que pueda haberse dado á su fecha, para justificar los bienes aportados por cada cónyuge al matrimonio, puesto que esta relación ó inventario no constituye propiamente las capitulaciones.

Pero en cuanto al régimen estipulado, á la condición de ciertos bienes como dotales, á los derechos anormales concedidos á la mujer ó al marido sobre sus bienes propios ó comunes, á la extensión ó restricciones en la comunidad, etc., no existe contrato al no constar en escritura pública, y se impone, por tanto, legalmente á los cónyuges el sistema de gananciales, sin que quepa después del matrimonio confirmación ni alteración alguna. Después de disuelto el matrimonio caben, como dijimos, nuevos pactos con los herederos del cónyuge premuerto para lo futuro, pero siempre sin perjuicio de tercero, ante el que no puede haber habido durante la sociedad conyugal más régimen que el de gananciales.

Para el otorgamiento de la escritura es indispensable la presencia ante el Notario de los futuros esposos, sean mayores ó menores de edad, aptos para casarse. Ni se comprende en este punto que haya motivo alguno de duda.

Por lo demás, aprobando todos los interesados en escritura pública, y antes de la celebración del matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, es indiferente que se inserten en la misma escritura todas las condiciones y reglas establecidas, ó que consten en un documento aparte, protocolizado por Notario competente, al que se haga referencia en la escritura de aprobación.

Para los efectos de las capitulaciones con relación á terceros se exige en casos especiales, además de la escritura y requisitos de que nos hemos ocupado con motivo de los artículos 1319 y 1320, la inscripción en el Registro de la propiedad y la inscripción en el Registro mercantil.

Inscripción en el Registro de la propiedad.—A este requisito se refiere incidentalmente, con motivo de la alteración de las capi-

tulaciones matrimoniales, el art. 1322. Si en las capitulaciones median bienes inmuebles ó se constituyen derechos reales sobre los mismos, se trata desde luego de un acto inscribible, si bien ya sabemos que la inscripción no es obligatoria, y sólo se exige al efecto de las relaciones con terceros.

Nos ocuparemos más adelante de los muchos artículos que en la ley Hipotecaria se relacionan con la dote y capitulaciones matrimoniales en general. Ahora sólo diremos que la inscripción, cuando proceda, es siempre conveniente, porque son muchas las estipulaciones que envuelven modificaciones en el dominio ó en los derechos reales, y porque, á más de no poder perjudicar á tercero esas modificaciones si no se inscriben, puede darse lugar á que un tercero inscriba á su vez algún derecho que perjudique á los esposos ó á la sociedad conyugal.

2.º *Inscripción en el Registro mercantil.*—Según el art. 21 del vigente Código de Comercio, en la hoja de inscripción de cada comerciante ó Sociedad, se anotarán.

«7.º La habilitación legal ó judicial de la mujer para administrar sus bienes por ausencia ó incapacidad del marido.»

9.º Las escrituras dotales, las capitulaciones matrimoniales y los títulos que acrediten la propiedad de los parafernales de las mujeres de los comerciantes.»

«Art. 26. Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros anteriores ó posteriores no registrados.

Art. 27. Las escrituras dotales y las referentes á bienes parafernales de la mujer no inscritas en el Registro mercantil, no tendrán derecho de prelación sobre los demás créditos. Exceptúanse los bienes inmuebles y derechos reales inscritos á favor de la mujer en el Registro de la propiedad con anterioridad al nacimiento de los créditos concurrentes.

Art. 28. Si el comerciante omitiere hacer en el Registro la inscripción de los bienes dotales ó parafernales de su mujer, podrá ésta pedirla por sí, ó podrán hacerlo por ella sus padres.

hermanos ó tíos carnales, así como los que ejerzan ó hayan ejercido los cargos de tutores ó curadores de la interesada, ó constituyan ó hayan constituído la dote.»

El reglamento, artículos 33 al 35, dispone sobre este particular lo siguiente:

Para que la inscripción se lleve á efecto será preciso presentar las respectivas escrituras con la nota de haber sido antes inscritas en el Registro de la propiedad si entre los bienes dotales ó parafernales hay inmuebles ó derechos reales. En la inscripción de bienes parafernales se expresará su importe. En la de bienes dotales se indicará además la clase de dote y el nombre y apellido de la persona que la constituyó, y si ha sido entregada ó prometida.

Si el comerciante no estuviese inscrito en el Registro mercantil y se presentase para ser inscrita alguna escritura de dote, de capítulos matrimoniales ó de bienes parafernales de mujer casada con aquél, se hará la previa inscripción del comerciante en virtud de solicitud comprensiva de las circunstancias necesarias, y firmada por la misma persona que pretende la inscripción á favor de la mujer.

*
* *

El Código supone que, previo el cumplimiento de las formalidades legales, otorgamiento de escritura pública antes de la celebración del matrimonio con el consentimiento y concurso de los futuros esposos y de las personas que deben completar su personalidad, las capitulaciones matrimoniales son eficaces entre las partes y con relación á terceros. La inscripción, en su caso, en el Registro mercantil y en el Registro de la propiedad completa su sistema en cuanto á los efectos contra terceras personas. Así, pues, combinando todos estos preceptos, puede afirmarse que las capitulaciones matrimoniales en que no intervengan comerciantes ni comprendan bienes inmuebles ó derechos reales, son en absoluto eficaces contra terceras personas, cum-

pliéndose los requisitos exigidos en el Código; y que existiendo bienes inmuebles ó derechos reales, ó tratando de hacer valer el comerciante lo estipulado en las capitulaciones en sus relaciones de comercio, en tanto pueden los terceros ser perjudicados, en cuanto dichas capitulaciones consten inscritas en los Registros de la propiedafi y mercantil.

Para que surta efecto cualquier alteración respecto á terceras personas, el art. 1322 exige otro requisito, que, como veremos, consiste en poner nota en el original de la primera escritura de cuándo y dónde ha tenido lugar la alteración, y en hacer constar esa nota en las copias que se soliciten y expidan. Pero cuando no hay alteración y no se trata de comerciantes ni de derechos reales sobre bienes inmuebles, la escritura pública representa para los terceros la única verdad, el único régimen económico, cuyas reglas deben ser aplicadas.

¿Es esto suficiente? Creemos que hace falta algo más. Una escritura que no se sabe cuándo ni dónde se ha otorgado, ni siquiera si se otorgó ó no, ofrece para los terceros escasa garantía; no es medio eficaz de publicidad, pues si los esposos afirman ó dan á entender que no hay contrato especial y se trata bajo esta base, los terceros pueden sufrir un perjuicio grave, irreparable, pues las capitulaciones les perjudican, y no las han llegado á conocer. Es cierto que á ellos cabe atribuir alguna culpa, pues debieron enterarse mejor, pero no cabe negar que no siempre es fácil averiguar si se otorgó escritura y dónde.

A., por ejemplo, compra á B., casado, una partida grande de ganado mular. C., esposa de B., pretende anular la venta, porque, con arreglo á sus capitulaciones matrimoniales, tal vez otorgadas en una provincia distínta, ese ganado debía considerarse dotal inalienable, ó común sin poderse disponer de él á no mediar el consentimiento de ambos cónyuges. A., engañado ó llevado de su buena fe y su confianza, tendrá que sufrir el perjuicio resultante de la anulación de la venta, porque á él sólo debe culparse por no haberse enterado previamente del régimen y condiciones de la sociedad conyugal; y aun cuando quepa sus-



citar alguna vez cuestiones sobre error ó dolo más ó menos ineficaces, no es esto tampoco una recomendación para el sistema adoptado por la ley, que debe y puede evitar que tales hechos se produzcan y que tales cuestiones se susciten.

En Alemania existe un Registro especial para hacer constar las capitulaciones y toda alteración en las mismas. En Francia, una ley especial, posterior al Código, exige que al verificarse el matrimonio se exprese en el Registro civil si existen ó no capitulaciones matrimoniales, y en su caso, su fecha y Notario ante quien fueren otorgadas.

Para dar más facilidades á los terceros en el conocimiento de un acto que es para ellos de interés, é imponerles con más razón el perjuicio posible resultante de su falta de previsión y diligencia, sería conveniente exigir entre nosotros, de un modo expreso, algo análogo. Una simple nota en la inscripción del matrimonio en el Registro civil sería suficiente, porque, aun cuando todos los actos y contratos relativos á bienes inmuebles ó derechos reales, que son sin duda los más importantes, se hallan suficientemente garantidos con las prescripciones de la ley Hipotecaria, quedan otros muchos actos sobre otros bienes sin garantía suficiente por falta de medios eficaces de publicidad.

Cierto que la ley del Registro civil exige que al margen de las inscripciones de nacimiento se hagan constar ciertas modificaciones, como la legitimación, la adopción, la dispensa de edad, el divorcio, la interdicción, etc., y en general todos los actos jurídicos que modifiquen el estado civil del ciudadano y no deban ser objeto de inscripción especial; pero esto no es bastante. Hace falta una disposición que expresamente exija ese requisito respecto á las capitulaciones matrimoniales y con relación á la inscripción del matrimonio.

C. *Códigos extranjeros.*—El precepto del art. 1321 de nuestro Código tiene concordantes en la mayoría de los Códigos extranjeros.

Las capitulaciones matrimoniales deben constar en escritura

pública, según los arts. 2115 del Código de Méjico, 1185 del de Guatemala, 1097 del de Portugal, 202 del de Holanda, 1382 del de Italia y 1394 del de Francia. Estos dos últimos Códigos hablan de acta pública ante Notario.

Exige la escritura pública, cuando el valor de los bienes aportados exceda de mil pesos, el art. 1716 del Código de Chile, y cuando exceda de dos mil bolívares, el art. 1365 del de Venezuela.

Se refiere á las sociedades en general el Código de Austria.

En Francia, el citado art. 1394 fué adicionado por la ley de 10 de Julio de 1850. Según la adición, el Notario debe facilitar á los interesados una certificación del acta, para que, antes de la celebración del matrimonio, sea presentada en el Registro civil.

Los arts. 1434 y 1435 del Código de Alemania establecen la siguiente doctrina:

Las capitulaciones matrimoniales se harán por acta judicial ó notarial, en presencia simultánea de las dos partes.

Si por las capitulaciones matrimoniales se prohibiese ó modificase la administración y el disfrute pertenecientes al marido, no podrán oponerse á un tercero excepciones fundadas en esta prohibición ó modificación, contra un acto jurídico efectuado entre aquél y uno de los esposos, ó contra una sentencia firme dictada entre ellos, sino cuando al redactarse el acto ó al incoar la instancia, estuviese ya inscrita la prohibición ó modificación en el Registro matrimonial del Tribunal competente, ó fuese conocida del tercero.

Lo mismo podrá decirse cuando el régimen matrimonial de bienes de los esposos, inscrito en dicho Registro, haya sido revocado ó modificado por las capitulaciones matrimoniales.

ARTÍCULO 1322

Cualquiera alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales no tendrá efecto legal en cuanto á terceras personas si no reune las condiciones siguien-

tes: 1.ª, que en el respectivo protocolo, por nota marginal, se haga indicación del acta notarial ó escritura que contenga las alteraciones de la primera estipulación; y 2.ª, que, caso de ser inscribible el primitivo contrato en el Registro de la propiedad, se inscriba también el documento en que se ha modificado aquél.

El Notario hará constar estas alteraciones en las copias que expida por testimonio de las capitulaciones ó contrato primitivo, bajo la pena de indemnización de daños y perjuicios á las partes, si no lo hiciere.

A. *Precedentes legales.*—No puede citarse á este artículo precedente alguno. El proyecto de 1851 omitía esta disposición.

B. *Comentario.*—El art. 1322 se refiere sólo á las alteraciones que se hagan en las capitulaciones matrimoniales, y á las relaciones con terceras personas.

Los requisitos que en él se exigen no afectan, pues, á las relaciones entre las partes contratantes. Estas, haciendo constar la alteración en escritura pública antes de la celebración del matrimonio, quedan ligadas entre sí; pero no pueden hacer valer esas alteraciones contra tercero mientras no cumplan el precepto del art. 1322.

El precepto es suficientemente claro, y requiere, por lo mismo, poca explicación: no puede ofrecer duda en lo relativo á los requisitos que se exigen.

Las condiciones requeridas son tres. Puede añadirse una más cuando se trate de comerciantes. Todas ellas, como veremos, son necesarias para que la alteración perjudique á tercero.

1.ª Nota en el original del primitivo contrato.

2.ª Expresión de esa nota en las copias que se expidan.

3.ª Inscripción, en su caso, de la alteración en el Registro de la propiedad.

4.ª Inscripción, también en su caso, en el Registro mercantil.

PRIMERA. *Nota en el primitivo contrato.*—Las partes pueden

valerse, al otorgar la escritura de alteración de las capitulaciones matrimoniales, del mismo Notario que autorizó éstas, ó de otro distinto; pero han de cuidar de que por nota al margen del original de la primera escritura, se acredite que dichas capitulaciones han sufrido alteración en virtud de otra escritura otorgada en tal fecha y ante tal Notario. Aunque el artículo habla de nota en el *protocolo* respectivo, y de indicación del *acta* notarial, debe entenderse esto en el sentido indicado: nota en la escritura matriz que ha de obrar en el protocolo respectivo al año y al Notario en que y ante quien se otorgó, é indicación de la nueva escritura, no de acta notarial alguna, pues ésta entre nosotros no es medio adecuado ni legal, con arreglo al art. 1321, para acreditar la existencia de capitulaciones matrimoniales ni su alteración. En el caso de que esta alteración haya tenido efecto válidamente ante el Secretario del Ayuntamiento, conforme al art. 1324, se expresará en la nota la clase del documento y su fecha.

El cumplimiento de este primer requisito del art. 1322 incumbe á las mismas partes contratantes, que son las interesadas en sus efectos. Si intervino en ambas escrituras el mismo Notario, á él pedirán la extensión de la nota correspondiente. Si intervino en la alteración un Notario distinto, ó un Secretario de Ayuntamiento, pedirán á éstos copia, que deberán presentar al Notario que autorizó las primitivas capitulaciones para que ponga la nota que se exige.

Cumplido este requisito, y, en su caso, la inscripción en el Registro de la propiedad y mercantil, las alteraciones hechas en las capitulaciones matrimoniales surten efecto contra tercero ó pueden oponerse á éstos eficazmente. Quiere esto decir que la extensión de la indicada nota lleva consigo la presunción de que los terceros conocen ó pueden conocer la extensión y alcance de las modificaciones estipuladas, y produce, en cuanto á los bienes no inmuebles, los mismos efectos que la inscripción en el Registro de la propiedad.

SEGUNDA. *Expresión de la nota en las copias que se expidan del*

primitivo contrato.—El último párrafo del artículo trata de este punto, y de él se deduce una primera consecuencia. Los terceros interesados en conocer las capitulaciones matrimoniales tienen derecho á pedir al Notario copia de las mismas, pues si la extensión de la nota y la expresión de ella ha de servir de algo, tiene que ser con relación á esos terceros interesados.

Al expedir la copia que se solicite del contrato primitivo ha de hacerse constar en ella la nota que aparece en el original de la escritura, y acredita la existencia de la alteración. Si en la copia falta la expresión de esa nota, el tercero no debe ser perjudicado, porque no puede saber que aquella escritura ha sido posteriormente modificada; pero los esposos tampoco tienen culpa alguna, pues ellos, por su parte, cumplieron todos los requisitos legales. De aquí que la ley imponga, con justicia, al Notario la indemnización de los daños y perjuicios *á las partes*.

Estas últimas palabras, tomadas de los Códigos de Francia, Bélgica é Italia, dejan en el ánimo cierta duda sobre el alcance del precepto, que puede ser interpretado de dos modos distintos, según que se entienda por partes los otorgantes de las capitulaciones matrimoniales, como es lo más propio, ó las partes interesadas en conocer la alteración, como afirman Fiore y Laurent, por parecerles la solución más racional y la más conforme con el espíritu de la ley. La diferencia se traduce en surtir ó no efecto contra tercero la alteración hecha en las capitulaciones matrimoniales. Si la alteración perjudica á los terceros, que no han podido conocerla por la omisión del Notario, claro es que á ellos es á quienes se debe indemnizar. Si la alteración no les perjudica, los esposos sufrirán el perjuicio sin culpa ú omisión alguna por su parte, y los esposos serán los que tendrán derecho á ser indemnizados. Abona la primera solución la circunstancia de tratar el artículo de este punto en párrafo aparte, sin incluirlo como un número distinto y preciso para los efectos legales, en cuanto á terceras personas, en el párrafo primero. Abona la segunda, la palabra *partes* que emplea el legislador, y, dígase lo que se quiera, la consideración de que los terceros no deben en justicia

sufrir perjuicio alguno por hechos que no conocen ni pueden conocer. De más está la exigencia de la nota si ha de producir el acto iguales efectos, aunque en las copias no se mencione.

Optamos por esta última interpretación, pues si bien los esposos habrán cumplido por su parte todas las prescripciones que la ley les impone, es lo cierto que ellos, que conocen perfectamente las modificaciones que han creído conveniente introducir en sus primitivas capitulaciones, son los primeros obligados en hacerlas saber á las personas con quienes hayan de contratar, y si las ocultan, con intención ó sin ella, y como inmediata consecuencia puede resultar un perjuicio, más justo es que sobre ellos mismos recaiga en primer término, aunque la ley, también con justicia, imponga al Notario, que es el que ha cometido la falta, la obligación de indemnizarles. Después de todo, la omisión en la copia de la nota consignada en el original debe ser un caso rarísimo.

TERCERA. *Inscripción en el Registro de la propiedad.*—Si la alteración ha de producir efectos con relación á terceras personas, es evidente que en cuanto se relacione con bienes inmuebles ó derechos reales ha de hacerse constar en el Registro de la propiedad, pues en otro caso el tercero que contrata con los esposos bajo la base de las primeras capitulaciones inscritas, asegura su derecho y no puede ser perjudicado por la alteración. Sin embargo, para obtener este resultado en absoluto ha de inscribir á su vez el tercero su título oportunamente. Si antes de inscribir él, se hace constar la alteración, y con arreglo á ella no resulta válido el contrato, el Registrador denegará la inscripción, y la cuestión la resolverán en su caso los Tribunales, siendo evidente que éstos no han de hallar base para anular la inscripción de la alteración hecha válidamente en las capitulaciones matrimoniales, y que, á lo más, condenarán á los esposos á otorgar un nuevo documento, si esto es posible, ó á indemnizar.

CUARTA. *Inscripción en el Registro mercantil.*—No habla el Código de Comercio, ni el Reglamento interino del Registro

mercantil, de las alteraciones en las capitulaciones matrimoniales, pero es evidente que están comprendidas en el espíritu de sus preceptos. Al fin, esa alteración constituye las capitulaciones definitivas aceptadas por el comerciante, y exigiéndose la inscripción de dichas capitulaciones en general, claro es que se exige la de las modificaciones que fijan en definitiva su alcance y verdadera situación legal de los bienes del matrimonio, ni podrían nunca pretender los esposos que perjudicasen á tercero alteraciones que no constan en el Registro mercantil.

***

Sabidas las condiciones exigidas por la ley para que las alteraciones hechas en las capitulaciones produzcan efecto en cuanto á tercero, cabe preguntar á quiénes deben considerarse terceros. Como dice Laurent, el espíritu de la ley contesta á la cuestión. El objeto de ésta es poner á salvo los intereses de todos aquellos que contratan con los esposos ignorando la alteración; luego todos estos son terceros, suponiendo que aquella ignorancia produce el efecto de disminuir ó anular los derechos que les deben corresponder sobre el patrimonio de los cónyuges con arreglo al primitivo contrato matrimonial.

Se estipula, por ejemplo, un régimen de separación, y después se altera, estableciendo el régimen dotal con arreglo á las prescripciones del Código; pero sin cumplir el precepto del artículo 1322. Si un tercero, conocedor del primitivo contrato, compra bienes de la mujer, inútilmente se pretenderá después la nulidad de la venta por tratarse de bienes dotales y no haberse cumplido las formalidades legales para su enajenación, fundándose en la alteración de las capitulaciones. Esta alteración ante los terceros no existe legalmente, y siendo válida la venta con arreglo al contrato primitivo, ha de sostenerse su eficacia en perjuicio de los esposos. Tal es el efecto de la declaración del art. 1322.

Insistimos en lo expuesto al final del comentario del artículo anterior. Sería conveniente algo más de lo que el Código estable-

ce: un Registro seguro en el que constase la existencia ó no existencia de contrato matrimonial, y de sus alteraciones en su caso; un sitio donde los terceros pudieran enterarse con seguridad de un hecho que tanto les interesa. Sólo así podría con justicia imponérseles el perjuicio consiguiente á una ignorancia inexcusable. Desconociendo, como es fácil, si existen capitulaciones y dónde se otorgaron, la exigencia de la nota expresiva de su alteración no resuelve prácticamente la dificultad.

C. *Códigos extranjeros.*—Queda expuesta en el artículo anterior la doctrina especial del Código de Alemania.

El de Francia en el art. 1397 exige sólo que se extienda la alteración á continuación de la minuta de las primitivas capitulaciones; pero no es dudoso que también de ella ha de darse certificado á las partes, para tomar razón en el Registro del estado civil.

El art. 207 del Código de Holanda prescribe que la alteración no perjudicará á tercero hasta que se transcriba en la Secretaría del Tribunal de partido correspondiente al punto donde se celebró el matrimonio.

Exige sólo la nota en el original el art. 1723 del Código de Chile. Concuerda con el francés, el de Bélgica. El de Guatemala no se refiere á las relaciones con terceras personas. Y los de Italia, art. 1384; Venezuela, 1367, y Méjico, 2117 y 2118, establecen igual doctrina que el nuestro.

ARTÍCULO 1323

Para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquel contra quien se haya pronunciado sentencia ó se haya promovido juicio de interdicción civil ó inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor, que á este efecto se le designará por quien corresponda según las disposiciones de este Código y de la ley de Enjuiciamiento civil.

A. *Precedentes legales.*—No existen. Ni aun el Proyecto de 1851 preveía el caso á que este artículo se refiere.

B. *Comentario.*—La primera cuestión que suscita el artículo que nos ocupa, es la de determinar las personas á quienes ha de aplicarse el precepto; aquellas contra quienes se haya dictado sentencia, ó se haya promovido juicio de interdicción ó inhabilitación.

No pueden contraer matrimonio los menores de doce y catorce años, ni los privados de razón. Respecto á éstos no hay cuestión: no necesitan capitulaciones matrimoniales.

Tampoco hay que hablar de los ausentes en ignorado paradero. Su situación resulta incompatible con el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

Pero pueden contraer matrimonio los menores de edad que sean mayores de catorce y doce años respectivamente; los locos, sordomudos y pródigos, en ciertos casos, y los que sufren la pena de interdicción civil, que son todos los que están sujetos á tutela, según el art. 200 del Código civil.

El art. 1318 se refiere á los primeros, ó sea á los menores aptos para casarse, designando las personas que deben concurrir á sus capitulaciones matrimoniales para que estas sean válidas. El 1323, que estamos comentando, se refiere á todas las demás personas sujetas á tutela, que son las mayores de edad, que, pudiendo contraer matrimonio, no tienen, sin embargo, capacidad para disponer ni obligarse, por habérseles privado en más ó menos escala de la administración de sus bienes.

Así se deduce del literal contexto de dicho art. 1323, según el cual: «Para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquél contra quien se haya pronunciado sentencia ó se haya promovido juicio de interdicción civil ó inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor, que á este efecto se le designará por quien corresponda». Nótese que habla de sentencia pronunciada ó de juicio promovido de interdicción civil ó inhabilitación, comprendiendo así las diversas situaciones de los incapacitados que sean mayores de edad á quienes se refieren los artículos 213, 218, 221 y 228, según los cuales, para nombrar tutor á los locos y sordomudos ha de preceder la de-

claración de incapacidad en expediente-sumario de jurisdicción voluntaria; y respecto á los pródigos y á los que sufren interdicción civil, ha de preceder sentencia declarando la incapacidad en juicio contradictorio. Por consiguiente, no basta que se hayan promovido dichos juicios, sino que es necesario se terminen con la declaración de incapacidad ó inhabilitación en la forma que hemos expuesto en sus lugares respectivos.

Debemos advertir que aunque los quebrados y concursados también quedan inhabilitados para la administración de sus bienes, desde que se les declara en ese estado hasta que obtienen su rehabilitación, según los artículos 878 del Código de Comercio y 1914 del Código civil, no se refiere á ellos ni los menciona el artículo que comentamos, porque no están sujetos á tutela y se rigen por sus disposiciones especiales.

Conocidas ya las personas y la situación á que el art. 1323 se refiere, veamos las formalidades especiales exigidas para el otorgamiento ó alteración de las capitulaciones matrimoniales de esos inhabilitados. La ley sólo requiere la asistencia y concurso del tutor, que á este efecto se le designará por quien corresponda, según las disposiciones de este Código y de la ley de Enjuiciamiento civil.

En el caso de que el inhabilitado no tenga aún tutor nombrado, es claro que habrá de nombrársele; pero cuando ya exista tutor en ejercicio, ¿deberá ser éste el que intervenga, ó habrá de designarse otro expresamente para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales? Las palabras *que á este efecto se designará*, empleadas en el artículo, no tienen, á nuestro modo de ver, más que una interpretación: la de designarse el tutor para el efecto de otorgar las capitulaciones matrimoniales á que el artículo se refiere; pero en el supuesto de que el incapacitado no tenga ya nombrado tutor, pues si lo tiene, á él corresponderá intervenir en aquel acto sin que pueda nombrársele otro especial porque lo prohibe el mismo Código. Según los artículos 199 y 201, la tutela se ejercerá por *un solo tutor*, y su objeto es la guarda de la persona y bienes, ó solamente de los bienes, de los

que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.

¿Quién nombra ese tutor? El art. 1323 dice que la designación se hará por quien corresponda. Si la sentencia de interdicción civil ó prodigalidad fué dictada anteriormente, cabe que el padre ó la madre, en su testamento, hayan nombrado tutor al inhabilitado, debiendo respetarse esta designación. En otro caso, puesto que han de guardarse las prescripciones del Código civil, el nombramiento corresponde al consejo de familia, el cual se sujetará para su designación á lo que previene para cada caso el mismo Código en los títulos 9.º y 10 del libro 1.º, que tratan de la tutela y del consejo de familia, empleándose el procedimiento que allí hemos expuesto. A este fin, se pondrá el hecho por quien corresponda en conocimiento del Juez municipal, para que éste proceda inmediatamente á la constitución del consejo de familia, por quien ha de ser designado ó nombrado el tutor y protutor.

Designado el tutor, y puesto en posesión del cargo, ese tutor interviene personalmente con el inhabilitado y presta con éste su consentimiento en la escritura de capitulaciones matrimoniales, ó, en su caso, en la de alteración de las mismas, sin que necesite para ello más requisitos que el de su designación legal. Previene, por último, el artículo de este comentario, que la designación del tutor de que se trata, se hará por quien corresponda, no sólo según las disposiciones del Código, sino también las de la ley de Enjuiciamiento civil. Como ésta se promulgó en 1881 y el Código en 1889, el procedimiento establecido en aquélla era conforme á nuestra legislación antigua, y la mayor parte de sus disposiciones sobre la tutela han sido derogadas ó modificadas por el Código. En nuestros comentarios á dicha ley de Enjuiciamiento (páginas 291 y siguientes del tomo 6.º), hemos indicado las disposiciones de la misma que se hallan en dicho caso: convendrá consultarlas mientras no se publique la necesaria reforma tantas veces anunciada, para ponerla en armonía con los Códigos civil y de Comercio.

Sobre los efectos de la falta de asistencia del tutor, nos referimos al comentario del art. 1318.

C. *Códigos extranjeros.*—Concuerda este artículo con el 1387 del Código de Italia.

El 1721 del de Chile, párrafo segundo, prescribe en general que el que se halla en curaduría por otra causa que la menor edad, necesita de la autorización de su tutor para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto á las mismas reglas que el menor.

El Código de Venezuela, art. 1364, exige la intervención del curador ya nombrado ó del que se nombre al efecto, y, además, aprobación judicial.

El 1437 del Código de Alemania prescribe que los que tienen su capacidad limitada, deben hallarse asistidos de su representante legal, y si éste fuese un tutor, será necesaria la aprobación del Tribunal de tutelas.

Nada encontramos en los Códigos de Francia, Holanda, Portugal, Guatemala y Méjico con relación á nuestro art. 1323.

ARTÍCULO 1324

Siempre que los bienes aportados por los cónyuges no sean inmuebles y asciendan á un total, los de marido y mujer, que no exceda de 2.500 pesetas, y en el pueblo de su residencia no hubiere Notario, las capitulaciones se podrán otorgar ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos, con la declaración, bajo su responsabilidad, de constarles la entrega, ó aportación en su caso, de los expresados bienes.

El contrato ó contratos originales se custodiarán, bajo registro, en el archivo del Municipio correspondiente.

Cuando entre las aportaciones, cualquiera que sea su valor, haya alguna ó algunas fincas, ó los contratos se refieran á inmuebles, se otorgarán siempre por escritura pública ante Notario, conforme con lo prevenido en el art. 1321.

A. *Precedentes legales.*—No existen tampoco en lo que á este artículo se refiere.

El proyecto de Código de 1851, art. 1244, contenía una disposición análoga.

B. *Comentario.*—El art. 1324 está redactado con bastante claridad y precisión. Su objeto es facilitar las capitulaciones matrimoniales, y evitar gastos y molestias á los interesados.

La regla general es la consignada en el art. 1321. La excepción requiere la concurrencia de los requisitos siguientes:

1.º Que no medien bienes inmuebles, ó, lo que es lo mismo, que sean todos ellos muebles ó semovientes.

Entre los inmuebles han de estimarse comprendidos los derechos reales sobre los mismos, que tienen la consideración de tales según el art. 334 del Código. La mayor importancia de esta clase de bienes y su cualidad de inscribibles en el Registro de la propiedad, hacen que en todo caso, al existir, se exija el otorgamiento de escritura pública.

2.º Que reunidos los bienes aportados al matrimonio por uno y otro de los futuros esposos, no exceda su valor de 2.500 pesetas. Se entiende el valor verdadero, no el que caprichosamente quieran figurar los interesados.

3.º Que no exista Notario en el pueblo de la residencia de los futuros contrayentes. Cabe que cada uno de éstos resida en un pueblo distinto, y haya Notario en alguno de ellos. ¿Qué hacer en tal caso? ¿Regirá la regla general ó la excepción? La ley no preve este caso, y es evidente que, antes de casarse, uno de los esposos puede residir en Jumilla y otro en Montealegre. ¿Deberá exigirse escritura pública? ¿Se atenderá sólo al futuro domicilio de los esposos? ¿Al punto en que han de celebrarse las bodas? ¿A la residencia de la novia? Cuestión es esta que exige una aclaración. La simple residencia accidental inmotivada no puede servir para el caso, porque entonces con trasladarse los esposos á cualquier aldea en que no existiera Notario, podrían prescindir de la escritura.

Como las capitulaciones matrimoniales es lo natural que se

otorguen en vísperas de la celebración del matrimonio, y la ley no habla de domicilio, sino de residencia, hasta tanto que se dicte una interpretación auténtica, estimamos que debe servir de base para la aplicación del art. 1324, el pueblo en que se reunan los futuros esposos para contraer matrimonio, y no habiendo allí Notario, y reuniéndose las otras condiciones exigidas en dicho artículo, las capitulaciones serán válidas otorgándose ante el Secretario del respectivo Ayuntamiento.

Ahora bien: el legislador, al mismo tiempo que procuraba favorecer los intereses de los futuros esposos, proporcionando á las fortunas modestas un medio sencillo y económico para llevar á efecto las capitulaciones matrimoniales, tenía que preocuparse también de escoger un medio que revistiese relativa solemnidad, cuidando de la conservación de un contrato, que debe ser irreformable, de la autenticidad de su fecha, de la verdad de su contenido y de alguna garantía de acierto en su redacción.

Para obtener estos resultados exige el art. 1324 los requisitos siguientes:

1.° Intervención del Secretario del Ayuntamiento de la residencia de los futuros esposos, y de dos testigos. Sobre la residencia, que ha de fijar quien sea el Secretario competente al efecto, nos referimos á lo expuesto con anterioridad. El Secretario redactará el documento con claridad y concisión, haciendo constar los bienes aportados por cada uno de los esposos y las condiciones estipuladas para el régimen económico aceptado en la sociedad conyugal.

2.° El Secretario y los testigos han de presenciar la entrega de los bienes, ó ha de constarles la realidad y verdad de las aportaciones, declarándolo así en el documento bajo su responsabilidad. Si media entrega, ya de un esposo á otro, ya á alguno de los esposos por sus padres ó otras personas, se verificará ante ellos, y si la entrega fué anterior, exigirán el documento en que conste ó la exhibición de los objetos ó de la cantidad aportada por los futuros cónyuges á su matrimonio.

3.° Archivo del contrato original en el Municipio respectivo.

El Secretario expedirá á los interesados las copias que necesiten, y guardará el original, formando con él y los demás de la misma clase que ante el mismo se otorguen, un legajo con su correspondiente índice, que quedará en el archivo del Municipio. En el índice puede constar la fecha del documento, los nombres de los interesados y el valor total de los bienes. Por notas en el original se harán constar las copias expedidas.

Es claro que el contrato ha de expresar la fecha en que se otorga, y ha de ser firmado por el Secretario, los interesados y los testigos ú otros á su ruego, y que si el Secretario no conoce á las partes, debe asegurarse de su conocimiento, guardando en todo, y en cuanto sea posible, las prescripciones establecidas para el otorgamiento de escrituras en la ley del Notariado y su reglamento.

Además, el Secretario debe cuidar de que las capitulaciones matrimoniales se otorguen antes de la celebración del matrimonio, que concurran las personas á que se refieren, en su caso, los arts. 1318 y 1323, y que no se estipule pacto ni condición alguna de las prohibidas con arreglo á los arts. 1316 y 1317.

La alteración de las capitulaciones matrimoniales otorgadas ante los Secretarios de Ayuntamiento, puede y debe verificarse ante los mismos, pues así lo autoriza el último párrafo del artículo 1321, y así resulta lógico y natural; mas para ello es preciso que en la alteración se reunan también las condiciones requeridas en el 1324. Si en la alteración mediasen bienes inmuebles, ó el valor de las aportaciones en muebles ó semovientes excediese ya de 2.500 pesetas, sería preciso el otorgamiento de escritura pública.

Para los efectos legales de la alteración de las capitulaciones matrimoniales con relación á terceros, el Secretario del Ayuntamiento, por analogía con lo dispuesto en el art. 1322, deberá en su caso, á solicitud de los interesados, poner nota en el original de las primeras capitulaciones, haciendo constar la fecha de la alteración, y si se ha otorgado ante él ó ante qué Notario ó funcionario, y en las copias que expida con posterioridad in-

sertará dicha nota, incurriendo, de no hacerlo, en la misma responsabilidad de indemnización que se impone á los Notarios, ya por razones de analogía, ya porque al fin se trata simplemente de una aplicación del precepto general del art. 1902.

Por el contrario, puede ocurrir que otorgadas las capitulaciones matrimoniales por escritura pública, al determinar su alteración se convenga en sustituir una finca con metálico, ó granos ó semovientes, ó se disminuya el valor de los bienes aportados, no excediendo ya de 2.500 pesetas, ó habiendo cambiado de residencia ambos futuros cónyuges, no exista allí Notario, y se reunan las otras condiciones exigidas en el art. 1324. En todos estos casos, ¿podrán alterarse las capitulaciones matrimoniales por documento ante el Secretario y dos testigos? No vemos en ello inconveniente, pues el art. 1321 se refiere en su regla y excepción á las capitulaciones primitivas y á su alteración, y el 1324 se expresa de un modo general. En tal caso, la nota que extienda el Notario en el original de la escritura indicará la fecha de la alteración y el Secretario de Ayuntamiento ante quien se otorgó.

Justo es que el trabajo y la responsabilidad que se impone á los Secretarios de Ayuntamiento sean retribuídos por las partes. No era propio del Código marcar esa retribución, é ignoramos que se haya dictado disposición alguna sobre el particular.

El papel sellado que deben emplear los Secretarios es el que corresponda al valor de los bienes, según la escala establecida para los documentos públicos.

C. *Códigos extranjeros.*—Nuestro art. 1324, concuerda solamente con el 1365, párrafo segundo, del Código de Venezuela, el cual, en el caso de que el valor de las aportaciones de los futuros cónyuges, no exceda de 2.000 bolívares, sin haber bienes inmuebles entre ellas, y de no existir Registrador en el punto de la residencia, permite que las capitulaciones matrimoniales se otorguen ante el Juez de parroquia y dos testigos.

Los artículos 1716 del Código de Chile y 1772 del de Colombia, autorizan el otorgamiento de escritura privada firmada por

las partes y tres testigos, cuando las aportaciones no exceden de 1.000 pesos.

Los Códigos de Francia, Bélgica, Italia, Holanda, Portugal, Alemania, Méjico y Guatemala, no establecen excepción á su regla general.

ARTÍCULO 1325

Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera ó extranjero y española, y nada declarasen ó estipulasen los contratantes relativamente á sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen del derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles.

A. *Precedentes legales.*—No existen.

B. *Comentario.*—El art. 1325 legisla sobre las capitulaciones matrimoniales en su aspecto internacional.

La regla establecida en el art. 1315 se refiere á las capitulaciones otorgadas en España y entre españoles. El 1325, á las celebradas en el extranjero cuando alguno de los cónyuges es español. En cuanto á la regla procedente cuando dos extranjeros se casan en España, ó dos españoles en el extranjero, hay que atender en el primer caso á la legislación del país á que aquéllos pertenezcan, y en el segundo, á las reglas generales consignadas en los artículos 9 y 10 de nuestro Código.

El art. 1325 se limita á decidir una cuestión legal, en la que podían admitirse distintos criterios. Cuando contraen matrimonio en el extranjero dos españoles, ó un español con una extranjera, ó un extranjero con una española, y nada estipulan en lo relativo al régimen económico de la sociedad conyugal, ¿qué ley es aplicable? ¿qué régimen debe estimarse supletorio?

Existen respecto á esta cuestión cuatro criterios diferentes.

Según uno de ellos, debe aplicarse *la ley del país en que el matrimonio se celebra.*

Saltan á la vista los inconvenientes de este sistema, que viene á convertir en extranjero á todo el que se casa fuera de su patria, tomando como esencial una circunstancia tan secundaria como la del lugar en que se efectúa el matrimonio: lugar que puede ser abandonado inmediatamente para residir los esposos en un punto distante. El régimen económico de la familia ofrece relaciones muy extensas, que afectan á los bienes en general y á la capacidad de las personas, y someter á los cónyuges á leyes extranjeras, desligándoles de su sujeción á la ley de su nacionalidad, sería contrariar los principios más elementales de derecho internacional consignados en nuestro Código en sus artículos 9.º y 10.º

Según otro criterio, debe regir la ley *del domicilio matrimonial,* entendiéndose por tal domicilio, el que hayan de tener los esposos y determinen de antemano, y si no se determina, el que corresponde al marido en el momento de la unión. Exceptúan algunos escritores todo lo relativo á bienes inmuebles, mientras que otros no admiten excepción.

Este sistema, admitido por la escuela alemana y la angloamericana, se fija ya en una circunstancia de carácter más permanente que la puramente accidental de la del lugar de la celebración del matrimonio, y tiene, sin duda, un fundamento serio al suponer que los cónyuges deben sujetarse á la ley del país en que viven, ya que nada quisieron establecer en contrario. Pero entendemos que más esencial que la ley del domicilio es la ley de la nación, y que admitir la sujeción á las leyes de un país distinto en punto tan trascendental como el de los efectos del matrimonio con relación á los bienes, sería desnaturalizar las consecuencias que en general se derivan de la aplicación del estatuto personal á la capacidad de las personas y á los bienes muebles. Al fin, el domicilio puede cambiar, y con él se alterarían todas las relaciones, mientras que la nación de origen es siempre la misma.

La escuela francesa supone que en parte tan interesante debe regir *la voluntad presunta de las partes,* tocando á los Tribunales decidir en cada caso el régimen aplicable, según las circunstancias y la vida económica aceptada de hecho por los cónyuges. Esta teoría, que lleva á admitir distintas soluciones, según las circunstancias, aunque de ordinario se atienda, ya á la ley del domicilio, ya á la ley de la nación, carece de seriedad y fijeza, haciendo depender del resultado de una prueba que puede ser hábilmente dirigida la aplicación de la ley en punto tan importante como el que nos ocupa, que debe tener una solución clara y segura, determinada de antemano por el legislador, y no *à posteriori* por el poder judicial.

Por último, la escuela italiana estima siempre aplicable *la ley nacional,* determinada por la nacionalidad del marido cuando los cónyuges no pertenecen á la misma nación.

Este sistema es el aceptado por nuestro Código en el artículo 1325. La nación es para el individuo circunstancia más esencial que el domicilio ó el lugar de la celebración del matrimonio: la voluntad presunta de los contrayentes, cuando nada estipulan expresamente, debe entenderse que es siempre seguir ligados á las leyes de su patria, y los mismos preceptos que rigen los efectos civiles del matrimonio, con relación á las personas, es lógico que sean los aplicables á esos mismos efectos con relación á los bienes.

Cuando los dos contrayentes no pertenezcan á la misma nación, es lo natural atender á la nacionalidad del marido, puesto que el régimen económico de la sociedad conyugal sólo rige después de celebrado el matrimonio, y la mujer, al casarse, sigue la condición de su marido.

Como consecuencia de este sistema, si se casan en país extranjero dos españoles, ó un español y una extranjera, y nada declaran los contrayentes respecto á los bienes, se entiende que contraen su matrimonio bajo el régimen de la sociedad de gananciales, dando al caso igual solución que la del art. 1315 para cuando dos españoles se casan en España, y deduciéndose

la misma regla siempre que el matrimonio se verifiqúe en nuestra nación entre una extranjera y un español.

Por el contrario, ya se celebre el matrimonio en España ó fuera de la misma entre dos extranjeros, ó entre un extranjero y una española, si nada se estipuló expresamente, se entienden casados *bajo el régimen del derecho común en el país del varón*. Parece desprenderse de estas palabras del Código en el art. 1325, que si el cónyuge varón es francés, se entiende aceptado el régimen ó sistema restringido de comunidad legal existente en Francia; si es portugués ú holandés, el de comunidad absoluta; si es alemán, el de comunidad de administración, y si es italiano, el de separación. Mas el Código lo que quiere decir, y lo único que le corresponde afirmar, es que á tales matrimonios no alcanza la ley española, quedando sujetos los contrayentes á la ley de la nacionalidad del marido; de modo que si esta ley en tal caso establece que rija un sistema determinado, se entienden casados los cónyuges bajo él; si prefija que se atienda á la ley del domicilio matrimonial, esa será la situación legal de los esposos, y si no preve el caso de falta de estipulación por existir en el país un sistema determinado, único y usual en su derecho común, ése se supone ser el régimen aceptado por los contrayentes.

Exceptúa el art. 1325 lo que se refiere á bienes inmuebles, con relación á los cuales, si están situados en territorio español, rigen las disposiciones de nuestro Código. En este punto nos referimos á lo expuesto en el comentario de los arts. 9.° y 10.° No ha creído conveniente el legislador establecer una excepción á la regla general, á pesar de ser opinión bastante generalizada y racional la de que una sola ley debe regir las relaciones de los cónyuges entre sí y con terceras personas, por ser anómalo, como dicen los Sres. Romero y García, que la sociedad conyugal esté sometida á tantas legislaciones cuantos fueren los países en que posean bienes los esposos.

Por tanto, en todo lo relativo á lo que debe entenderse por bienes inmuebles, acciones que producen los derechos sobre los

mismos, alcance de su posesión, servidumbres legales, forma y efectos de su inscripción, su naturaleza libre ó vinculada, expropiación forzosa, limitaciones en su disposición por razón del dominio eminente del Estado, etc., rige la ley española como soberana, excluyendo la aplicación de ninguna otra.

*
* *

Puede aquí darse por terminado el examen del art. 1325. Pero aun debemos ocuparnos de varias cuestiones relacionadas con el mismo más ó menos íntimamente, ya por tratarse de otros aspectos de carácter internacional de las capitulaciones, ya por referirse al régimen supletorio que debe suponerse aceptado en las relaciones interprovinciales.

a) El art. 1325 legisla sobre el caso de celebrarse el matrimonio en el extranjero sin mediar estipulación alguna en cuanto al régimen de la sociedad conyugal. Pero puede ocurrir que al contraer matrimonio un español con una extranjera, ó españoles ó extranjeros con bienes inmuebles en nuestra península, otorguen capitulaciones matrimoniales: ¿qué requisitos deben reunir para tener fuerza en España?

Los españoles están en principio sujetos á la ley de su nación. Por tanto, si las capitulaciones se otorgan por españoles en el extranjero, los requisitos esenciales del acto y sus efectos deben ser los que marca la ley española. Son libres para estipular las condiciones de la sociedad conyugal con relación á los bienes presentes y futuros, con las limitaciones que nuestro Código establece respecto á los pactos contrarios á las leyes ó á las buenas costumbres, ó depresivas de la autoridad ó de los derechos que corresponden en la familia al marido ó á la mujer, ú opuestos al precepto del art. 1317. El acto ha de ser anterior al matrimonio, y ha de consignarse, según nuestra opinión, en escritura pública, pues, si bien es regla general que en cuanto á la forma de los contratos, aun estimándose necesaria para su validez una forma determinada, rige la ley del lugar, la necesi-

dad de la escritura como anterior á la celebración del matrimonio, es un requisito exigido en nuestro Código como condición, no ya de validez, sino hasta de existencia de las capitulaciones, por lo que, tratándose de españoles, no creemos posible prescindir de tal requisito. Aparte de esto, si la ley del lugar exige la inscripción de las capitulaciones en algún Registro determinado, debe cumplirse este requisito. Los cónyuges han de tener la capacidad necesaria según las leyes de nuestro país, y el contrato, debidamente legalizado, debe, en su caso, ser inscrito en el Registro de la propiedad, para poder perjudicar á tercero.

Si las capitulaciones se otorgan por extranjeros, ó por extranjero y española, existiendo en España bienes inmuebles, ha de tenerse presente que la capacidad para el acto se rige por las leyes de la respectiva nación de los otorgantes; que, en principio, la forma debe ser la exigida en el lugar del otorgamiento; que en la determinación de si el contrato debió ser ó no anterior á la celebración del matrimonio, estiman la mayoría de los escritores que debe aplicarse la ley que rija en el matrimonio; y que, en cuanto á la validez de los pactos ó estipulaciones y á los efectos que deben producir, rige la ley nacional del contratante varón. Por lo demás, el documento en que las capitulaciones consten, debe hallarse legalizado, y para el perjuicio de tercero se impone la inscripción en el Registro de la propiedad.

Cualesquiera que sean los cambios de domicilio de los esposos, las capitulaciones matrimoniales deben ser inmutables.

b) Pasemos á otra cuestión interesante, también relacionada con el art. 1325. Habla éste de españoles y extranjeros, no de castellanos y los que no lo sean, y habla de matrimonios celebrados en el extranjero. Si un catalán ó un navarro se casan en Francia sin otorgar capitulaciones matrimoniales, ¿se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales?

Se dirá que el art. 1325 está dictado para Castilla y que las provincias regidas por fueros conservan su legislación especial escrita ó consuetudinaria, tal como la tenían antes de publicarse

el Código. Pero esto no resuelve la cuestión. ¿Deben aplicarse las reglas establecidas en los artículos 9 al 11, como previene el 14, considerando como extranjeros á los naturales de aquellas regiones, y aplicando en tal sentido el art. 1325 en las relaciones interprovinciales al menos, ó debe estimarse la cuestión extraña en cierto modo á tales reglas, é indagarse solamente si dicho artículo debe ó no regir respecto á los naturales de cada región como precepto supletorio de su deficiente legislación en la materia? Como se ve, la cuestión es más extensa de lo que parecía á primera vista: se relaciona no sólo con el art. 1325, sino también con el 1315. Se trata de determinar el régimen económico de la sociedad conyugal aplicable á un aforado, ya se case en su país ó fuera de él, cuando no otorga capitulaciones matrimoniales, y es indispensable que rija alguno.

Creemos que la determinación de ese régimen no se resuelve sólo por las reglas del art. 14, porque la capacidad, el estado y condición de las personas, sus derechos sobre los bienes muebles ó inmuebles, la forma de los actos, etc., pueden seguir las reglas marcadas en los artículos 9 al 11, ya se estime supletorio el régimen de gananciales, ó el dotal ó el de separación. De aquí el precepto del art. 1325, como especial é independiente de aquellos artículos.

Pero el criterio legal que se desprende de este artículo es, en suma, el mismo en que se inspiran los 9 al 11 y 14. Nuestro Código estima aplicable la ley de la nacionalidad, prescindiendo por completo de la ley del país en que el matrimonio se celebre, y de la del domicilio en que los contratantes hayan de vivir.

En principio, pues, nuestro Código acepta como ley en las relaciones internacionales, y por tanto, *en las interprovinciales*, por analogía con lo dispuesto en el art. 14, la ley de origen, el estatuto personal. Y puesto que el art. 12 quiere que se conserve en toda su integridad el régimen jurídico, tanto escrito como consuetudinario, de las provincias regidas por fueros, aplicándose el Código civil como derecho supletorio del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales, ha de regir res-

pecto al catalán, al vizcaíno, al aragonés ó al navarro, la legislación propia de su respectivo país.

¿Existe, sin embargo, en dichas regiones ley determinando el régimen que ha de imperar en el matrimonio cuando nada estipulan sobre ello los interesados? ¿Deben aplicarse los preceptos del Código como supletorios? Véase cómo de todos modos no basta atender al precepto del art. 14 en relación con el 9.º, sino que también ha de tenerse en cuenta el art. 12.

No es fácil, ciertamente, encontrar en las leyes forales ó en las compilaciones de sus costumbres, ni en su especial derecho supletorio, en su caso preferente al Código civil, si exceptuamos Aragón, precepto alguno que determine de un modo expreso el régimen supletorio de la sociedad conyugal, cuando nada estipulan los contrayentes, y mucho menos si su matrimonio se verifica en el extranjero, y, sin embargo, no cabe duda de que lo mismo el navarro, que el catalán, que el vizcaíno ó el aragonés, aunque no otorguen capitulaciones, y más particularmente cuando no las otorgan, entienden casarse bajo el régimen propio y usual en su país, y no bajo otro alguno.

Esta creencia es natural y fundada. En Aragón, á falta de capitulaciones, rigen los preceptos de sus fueros en todo lo relativo á los efectos civiles del matrimonio con relación á los bienes. En Navarra y Vizcaya sus leyes especiales determinan el régimen propio y natural de la sociedad conyugal en aquellos países, no siendo las capitulaciones un medio de acogerse á otro régimen distinto, sino más bien un contrato en que se hacen constar los bienes aportados y las donaciones que median, aplicándoles, con leves modificaciones á veces, los mismos preceptos de sus fueros. En Cataluña tienen mayor importancia las capitulaciones matrimoniales, y puede escogerse el régimen que se quiera; pero existe también una norma legal, un conjunto de reglas y preceptos nacidos de sus leyes especiales, de sus costumbres y de su derecho supletorio, que pueden llamarse la ley del país en la materia. No se trata, pues, de una costumbre local que pueda discutirse si debe ó no tener fuerza aun fuera del

país, con preferencia á los preceptes del Código, impuestos como supletorios. Se trata de un régimen natural, único, admitido por los fueros de cada región, ó del régimen legal establecido como propio del país si los interesados expresamente no lo contrarían ó modifican, régimen usual, ordinario, corriente y verdaderamente supletorio, aunque no se emplee esta palabra en ninguna ley determinada.

En tal sentido, la ley de origen no puede afirmarse que necesite como supletorios los preceptos de los artículos 1315 y 1325, cuando se trata de matrimonios celebrados por los aforados en su país, y aun en otra región de España. Pero aunque asi no fuera, aunque quiera suponerse que se trata de una costumbre no recogida en compilación alguna, aunque de antigua y natural observancia, como ocurre respecto á Cataluña, la conclusión sería la misma con relación al art. 1315, ó sea á los matrimonios celebrados por personas aforadas en su respectivo país.

El art. 6.° del Código, de aplicación general en la Península, preceptúa que, sólo á falta de ley exactamente aplicable al caso, se aplicará la costumbre del lugar; pero este precepto, con relación á Cataluña, por ejemplo, quiere decir que dentro de su especial legislación, á falta de ley en los fueros, rija allí la costumbre, pues respetando el Código el régimen consuetudinario en cada región, sólo á falta de costumbre se aplica como supletorio el derecho castellano ó común, y así hemos entendido el precepto al fijar el orden de prelación de las fuentes legales en cada territorio foral. Dentro, pues, de cada región, la ley, ó, si se quiere, la costumbre, debe, en nuestra opinión, imperar con preferencia al precepto del segundo párrafo del art. 1315.

Pueden citarse en contrario las siguientes palabras del inolvidable Alonso Martínez en su obra relativa al Código civil en su relación con las legislaciones forales: «El conflicto entre el derecho *común* y la legislación *particularista* de una gran parte de Cataluña se resuelve por el criterio de libertad en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Culpa será de los

novios y de sus padres si, advertidos por el Notario de que, con arreglo á la ley, su silencio implica el régimen de la comunidad, no estipulan el sistema dotal al celebrar el contrato de matrimonio. De nadie pueden quejarse más que de sí mismos. El poder central habrá hecho, sin menoscabo de la unidad legislativa, cuanto racionalmente se le podía pedir, no imponiendo por su propio ministerio, en respeto á las costumbres de una buena parte de Cataluña, el régimen económico usado con aplauso general en todo el reino. Que opte el catalán por el sistema que quiera, en la seguridad de que será respetada su voluntad. Pero si no quiere utilizar este derecho de *opción*, é invitado á hablar, calla, menester es que sepa á qué régimen han de estar sometidos los bienes de esa nueva familia que se crea, pues no han de quedar en incierto sus obligaciones y derechos.»

Estas palabras, con la autoridad que su autor les presta, nos decidirían á aceptar la opinión contraria á la nuestra, sobre todo respecto á Cataluña, si no estuviéramos convencidos de que están escritas, partiendo de unas bases de Código civil que no son las del que hoy nos rige. Éste ha guardado mucho más respeto á las legislaciones forales que los proyectos anteriores.

Por consiguiente, para nosotros es indudable que el artículo 1315 no rige, ni aun como supletorio, en las provincias regidas por fueros, y que el aforado que se casa en su país, si nada estipula expresamente en cuanto á los bienes de la sociedad conyugal, queda sujeto al régimen propio y usual en su especial legislación, ó al admitido, en su defecto, por la costumbre. Lo que sí hay que confesar es que, si alguna excepción hubiera de admitirse en esta regla, alcanzaría en primer término á Cataluña, y no podría nunca hacerse extensiva dicha excepción á Aragón.

Bajo la base que hemos aceptado, admitimos, para las relaciones interprovinciales, el criterio del art. 1325, en relación con el 14, considerando á los aforados como extranjeros en sus relaciones con las personas sometidas al derecho común. Es indiferente el lugar en que el matrimonio se realice, y aun el do-

micilio matrimonial, desde el momento en que nuestro Código no acepta las teorías que prefieren esas soluciones. La ley del país del varón es la que impera: el régimen propio de ese país, desarrollado en sus fueros y costumbres, es el que debe aplicarse, ó, en su defecto, el que imponen los usos locales.

Pero cuando el matrimonio se verifica en el extranjero, la cuestión varía por completo. Las costumbres del país no tienen fuerza fuera de él; sus leyes no preven ese caso, y el art. 1325 tiene una fuerza supletoria indiscutible. Aun prescindiendo de estas razones, existe una muy poderosa: cuando se trata de relaciones internacionales, no cabe hablar de castellanos ni de aragoneses ó catalanes: no hay más que españoles. ¿Cuál debe ser el régimen económico supletorio? El del derecho común en España: el de gananciales. El Código muestra claramente su criterio en este sentido, al decir que al casarse un extranjero con una española, debe regir la ley *del derecho común* en el país del varón. Podrá extralimitarse al dar solución determinada á un problema que deben decidir ó resolver las leyes del país respectivo; pero muestra de un modo evidente que, según su criterio, en las relaciones internacionales, no cabe atender á leyes ó fueros especiales, sino sólo á las generales ó de derecho común.

Por tanto, entendemos desde luego que el catalán ó el vizcaíno que se casan en el extranjero y no otorgan capitulaciones matrimoniales, rigen su sociedad conyugal por el sistema de gananciales, han de considerarse simplemente como españoles.

C. *Códigos extranjeros.*—Nuestro art. 1325 parece tomado del 1107 del Código de Portugal.

Igual idea domina en el 2132 del Código de Méjico.

En la mayoría de los Códigos no existen artículos concordantes, aplicándose las reglas generales establecidas para las relaciones entre nacionales y extranjeros.

ARTÍCULO 1326

Todo lo que se estipule en las capitulaciones ó contratos á que se refieren los artículos precedentes bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará nulo y sin efecto alguno en el caso de no contraerse.

A. *Precedentes legales.*—Con relación á las donaciones por razón de matrimonio, establecía el derecho romano el principio de su anulación en caso de que la unión no se efectuase.

En nuestro derecho se relacionan con la materia del artículo 1326, pero concretándose también á dichas donaciones, la ley 5.ª, tít. 1.º, libro 3.º del Fuero Juzgo; 3.ª, tít. 3.º, Partida 4.ª, y 3.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, todas las cuales atendían á la circunstancia de haber mediado ó no ósculo. La ley 18 del tít. 11 de la Partida 4.ª, referente á la dote y arras, sujeta estas donaciones y sus efectos á la condición de que el matrimonio se realice. De todas ellas nos ocuparemos en el comentario del art. 1333, que es su lugar más oportuno.

El art. 1326 generaliza la doctrina, estableciendo un precepto relativamente nuevo, pero lógico y natural, que ni aun se contenía en el proyecto de Código de 1851.

B. *Comentario.*—Todo cuanto se estipule en las capitulaciones matrimoniales bajo la base de futuro matrimonio, queda sin efecto si el matrimonio no se verifica. El precepto es tan natural, que aun no consignándose en muchos Códigos extranjeros, sus comentaristas le aplican como indudable.

En las capitulaciones se hacen los esposos entre sí donaciones con motivo de su matrimonio, las reciben de sus padres ú otras personas por igual razón, ó para ayudar á sostener las cargas que crea la nueva situación que el matrimonio supone, y estipulan un régimen económico, que es el que ha de regir durante la sociedad conyugal. Si, pues, no llega á existir tal sociedad, si el matrimonio no se verifica, ese régimen con todas sus

reglas y condiciones carece de campo en que desarrollarse, no tiene razón de ser; aquellas donaciones, faltas de base ó de causa, caen por tierra, todo queda sin efecto.

Hay, pues, en todas las estipulaciones hechas bajo el supuesto de futuro matrimonio, una condición suspensiva natural, que debe en todo caso sobreentenderse: la de que el matrimonio se verifique. La condición está pendiente desde que se otorgan las capitulaciones, mientras los interesados conformes en unirse en matrimonio no lo contraen. Se cumple ó existe, cuando el matrimonio se realiza. Falta, cuando éste no llega á efectuarse por cualquier causa.

Si la condición se cumple, todas las expresadas estipulaciones adquieren eficacia, ó han de producir sus efectos en el modo, tiempo y forma que se estipuló. Claro es, por tanto, que el sistema económico aceptado no empezará á regir sino desde el día de la celebración del matrimonio; que los frutos, en su caso, de la dote no se deberán sino desde esa misma fecha; que, en suma, cuanto no debiera tener existencia hasta ser un hecho el matrimonio, no empezará á cumplirse hasta entonces; pero es precisamente porque así se acata la voluntad de los contrayentes.

En general, el cumplimiento de la condición hace que el hecho ó acto afectado por ella, y los derechos que de él se derivan, se retrotraigan en sus efectos á la época de su constitución. Las donaciones hechas y las estipulaciones acordadas, tienen, pues, desde esa época el carácter de irrevocables, sin que las partes puedan modificar nada, aun antes de celebrarse el matrimonio, sino de mutuo acuerdo y con las formalidades legales, y perjudican á tercero desde la misma fecha. Un acreedor cuyo crédito sea posterior á la fecha de las capitulaciones y anterior á la del matrimonio, no podrá, por tanto, hacer rescindir las donaciones matrimoniales como hechas en fraude de sus derechos, porque en la época en que se hicieron no podía lesionarse el derecho, aun no existente, de ese acreedor.

Por el contrario, si el matrimonio no se verifica, las estipu-

laciones quedan sin efecto, procediendo, en su caso, las restituciones que fueren debidas.

Pero ha de tenerse bien presente que la celebración del matrimonio sólo puede ejercer influencia, como dice el art. 1326, en las estipulaciones hechas bajo la base de futuro matrimonio, no en las que sean en cierto modo extrañas á él. Los autores extranjeros presentan algunos ejemplos. Si en las capitulaciones se reconoce un hijo natural, acordando su legitimación por el matrimonio, al no celebrarse éste, la legitimación no existirá, pero produce efectos el reconocimiento. Si al efecto de constituir la dote en una finca determinada, se procede en las mismas capitulaciones á la división material de un inmueble, esta división subsiste, aunque no proceda la entrega de la dote.

La nulidad del matrimonio produce en principio análogos efectos á su no celebración. Pero ya hay que atender á la buena ó mala fe de los contrayentes, como expusimos en el comentario de los arts. 69 y 72, y veremos al ocuparnos de los 1378, 1417, 1429 y 1440.

C. *Códigos extranjeros.*—Concuerda el art. 1326 con el 209 del Código de Holanda. Con relación á las donaciones hechas en el contrato antenupcial, previene lo mismo el art. 1168 del Código de Portugal.

En los demás Códigos no existe verdadera concordancia.

DERECHO FORAL

ADICIÓN AL CAPÍTULO PRIMERO

A. *Cataluña.*—Como hemos hecho notar en distintas ocasiones, las capitulaciones matrimoniales tienen en esta región una importancia extraordinaria. Los Sres. Brocá y Amell las consideran como el verdadero Código, que establece la consideración y el destino de los bienes de una familia. El Sr. Durán y Bas hace constar que en ellas se estipulan ordinariamento la posición futura de los padres, las aportaciones y recíprocas promesas de los esposos, y aun á veces, bien que en pura extralimita-

ción, la de los hermanos del contrayente, á quien se hace donación universal. Las capitulaciones, añade, son, en este sentido, la organización de los bienes familiares; son algo más que un contrato, son un régimen.

Comprenden las capitulaciones matrimoniales en Cataluña pactos nupciales entre los esposos, pactos entre los esposos y sus padres, y pactos relativos á los hijos que se espera tener.

En los primeros se comprenden las donaciones de un esposo á otro, y las estipulaciones referentes á los derechos concedidos sobre los bienes á cada uno de ellos; al usufructo en favor de la mujer si queda viuda; á la facultad de disponer un cónyuge por testamento de los bienes del otro, en caso de morir éste intestado, en favor de uno ó varios de los hijos comunes, y en general al régimen económico de la sociedad conyugal, punto en el que existe completa libertad, siendo cada día más frecuente la aceptación del de gananciales.

Entre los segundos deben incluirse la donación universal ó heredamiento hecho al esposo, hijo primogénito, por sus padres, ó el señalamiento á los otros hijos de una cantidad como anticipo de legítima ó medios para establecerse; las donaciones hechas á la esposa por sus padres para constituir la dote, con las garantías y limitaciones convenientes; la reserva en favor de los padres, del usufructo ó de una pensión, y aun de la facultad de disponer entre vivos de los bienes del heredamiento, etc.

Entre los terceros se comprenden: el heredamiento condicional preventivo á favor del primero de los hijos que nazcan; la preferencia de los del primer matrimonio (heredamiento prelativo, también condicional); las sustituciones procedentes, atendiendo al sexo ó á la edad, etc.

Las capitulaciones matrimoniales en Cataluña no son indispensables aunque se otorgan con bastante frecuencia. Como es natural, prescinden de ellas los que carecen de bienes y no esperan tenerlos, ó son muy escasos. Como en tales casos no hay dote, y el sistema de gananciales, además de poco usado, no quiere admitirse en dicha región como supletorio, existe de he-

cho, y por costumbre, un sistema de separación, en el que á la mujer corresponde lo que aportó, si aportó algo, y todo lo demás es del marido, que es el obligado á sostener á la familia.

Pueden las capitulaciones matrimoniales otorgarse antes ó después de la celebración del matrimonio, y en cualquier forma, por no haber precepto que contenga prohibición en cuanto á dichos extremos, aunque lo usual es que medie escritura pública y ésta sea anterior al matrimonio. Son capaces para otorgarla los menores de edad aptos para casarse, si bien concurren con ellos de ordinario los padres ó los abuelos, ó el hermano mayor, no para completar la capacidad de aquéllos, sino como estipulantes ó donantes, ó como herederos los hermanos en su caso, para el pago de la legítima ó cumplimiento de la voluntad del difunto. En su caso también, concurren el pariente ó extraño que haga donación á los esposos ó á alguno de ellos, y el curador del menor, al efecto de exigir y calificar la hipoteca que debe constituirse en garantía de la dote.

Las capitulaciones son irrevocables y válidas, aunque sufran lesión en sus intereses los esposos, salvo su derecho á pedir el complemento de su legítima.

Respetándose en el Código el régimen jurídico, tanto escrito como consuetudinario de Cataluña, y hasta su derecho supletorio, se comprende que la doctrina de los artículos 1315 al 1326 de dicho Código no ofrezca, en general, dificultad para su aceptación en el país. Así es, que en el *proyecto* de apéndice del Código civil para Cataluña sólo se ha tratado de afirmar el derecho de incluir en las capitulaciones matrimoniales cuantos pactos y estipulaciones son allí naturales y frecuentes, y de impedir que pueda en ningún caso regir entre catalanes, como supletorio, el sistema de gananciales.

Con el primer fin se han dictado los artículos 131 al 134, que se copian á continuación:

«*Art. 131.* En las capitulaciones matrimoniales los padres de los contrayentes podrán, juntos ó separadamente, pactar sobre el todo ó parte de sus bienes, así en su interés recíproco como

en favor de los futuros esposos, y así por durante su vida como para después de su muerte.

»*Art. 132.* En las propias capitulaciones, los esposos podrán continuar no sólo los pactos referentes á los derechos de cada uno sobre sus respectivos bienes y los del otro cónyuge, sino los heredamientos á favor de sus futuros descendientes y las renuncias de sus derechos sobre los bienes de éstos.

»*Art. 133.* Los pactos continuados en las capitulaciones matrimoniales que cedan en favor de otras personas que las de los contratantes, aunque no estén presentes ó no hayan nacido, les atribuyen derecho para exigir su cumplimiento, sin necesidad de aceptación.

»*Art. 134.* Cuando el padre y la madre hacen al hijo, en capitulaciones matrimoniales, donación de una cantidad, sin designación de partes, se entiende hecha por mitad entre los mismos.

Con el segundo fin de los expresados antes, se dictan los artículos 123, 125 y 126 del Proyecto, en sustitución de los 1315, 1313 y 1325 del Código, en el sentido de que, á falta de capitulaciones, ó siendo éstas nulas, ya se efectúe el matrimonio en España ó en el extranjero, se entienda contraído bajo el régimen de separación de bienes.

Con esto y la supresión del precepto del art. 1317, la representación de Cataluña acepta la doctrina del Código civil.

Salvo, pues, la inclusión en las capitulaciones matrimoniales de multitud de pactos y reglas, que, después de todo, no son de esencia en los mismos, y podrían hacerse válidamente en Cataluña en otros documentos, toda la alteración se reduce á sustituir el sistema de gananciales por el de separación de bienes, ó sea una cosa buena por una perjudicial.

Creemos que esto no se hace en odio al régimen de la sociedad conyugal, propio de la mayoría de los españoles, sino más bien siguiendo la doctrina de la neutralidad legal, en el sentido en que la entiende el Sr. Durán y Bas, como expusimos en las Ideas generales. Entendemos que la separación de bienes es un régimen como otro cualquiera, y que la neutralidad legal ó no

significa nada, porque sin régimen alguno no cabe concebir la sociedad conyugal, ó debe contentarse con la libertad de estipulación. Si se impone la separación como sistema usual en el país cuando nada se estipule, ó sea por el mismo motivo que se imponen los gananciales en Castilla, llamamos la atención de los catalanes sobre las elocuentes palabras de Fiore en Italia acerca de uno y otro sistema, transcritas en las Ideas generales. La falta de capitulaciones matrimoniales, en Cataluña como en Italia, tiene lugar de ordinario, por razón natural, entre la clase pobre, entre la clase trabajadora. Cuando todo lo que existe en el matrimonio, ó casi todo, es procedente del trabajo y de la economía, del ahorro y de los sacrificios de ambos esposos, ¿es natural imponer á esa clase en tal caso el sistema de separación, ó se atenderían y satisfarían mejor las legítimas aspiraciones y deseos de la clase trabajadora, siguiendo el derecho común y aceptando como mejor el régimen de gananciales? No vale la pena de separarse de la legislación de Castilla sólo por imponer en definitiva un perjuicio á la clase pobre de Cataluña, y, sobre todo, á la mujer catalana.

Por lo demás, si se cree injusto que en Cataluña se imponga como supletorio el régimen de gananciales, no puede estimarse justo bajo ningún concepto que se imponga como supletorio el de separación, en el campo de Tarragona, Tortosa, Lérida, valle de Arán y demás puntos en los que ese perjudicial sistema no es natural, ni usual, ni propio.

B. *Mallorca.*—Como dijimos en otro lugar, en Mallorca no existe la sociedad de gananciales entre los cónyuges; cada uno de éstos conserva la propiedad de sus bienes, sin consideración al vínculo matrimonial.

Sin embargo, los futuros cónyuges pueden renunciar al fuero en sus capitulaciones matrimoniales, y estipular las condiciones que estimen convenientes. Antes de celebrarse el matrimonio pueden hacerse entre sí donaciones y establecer usufructo en favor del sobreviviente, siempre que se respeten las legítimas.

C. *Aragón.*—En los Fueros y Observancias de este territorio se consigna expresamente el derecho de los cónyuges para estipular libremente las condiciones de la sociedad conyugal relativamente á los bienes presentes y futuros, y á falta de dichas estipulaciones, rigen las disposiciones de los Fueros sobre la materia.

El régimen económico de la sociedad conyugal puede ser, por tanto, convencional ó legal. El régimen legal se conoce con el nombre de *consorcio foral.*

Según la expresiva descripción de este régimen, hecha por D. Pedro Nougués, el consorcio foral «es una sociedad contraída entre el marido y la mujer, á virtud de la cual, solemnizado el matrimonio, se hacen del primero todos los bienes muebles, cualquiera que sea su procedencia, para emplearlos en provecho común, y entran en su administración los bienes sitios para disponer de los frutos y devolver á su consorte ó á los que representen su derecho, al mismo tiempo de la disolución, los dotales y adquiridos á título lucrativo, dividiendo con igualdad los que se hubiesen aumentado durante el matrimonio por título oneroso, y los muebles que no se hubiesen consumido.

Las capitulaciones matrimoniales en Aragón revisten también gran importancia, y respecto á ellas, el principio de libertad es más absoluto que en parte alguna.

En cuanto á su forma, está reconocido que pueden otorgarse en documento público ó privado, y aun de palabra mediando justa causa; respecto á su fecha, son igualmente válidas antes ó después de la celebración del matrimonio; en cuanto á la capacidad, podemos repetir lo expuesto con relación á Cataluña; y en cuanto al contenido, caben todos los pactos no contrarios á la ley ni á la moral, lo mismo entre los esposos, que entre éstos y sus padres, pudiendo convenir hasta en lo relativo á la institución de herederos, y delegarse en cualquier persona la facultad de disponer de los bienes para después de la muerte.

Los pactos más frecuentes entre los esposos, modificativos

de las disposiciones forales, según el resumen hecho en la obra de D. Andrés Blas, son:

1.° El de hermandad universal ó particular, por el que se hacen comunes entre los esposos, todos los bienes aportados por ellos al matrimonio, ó una parte de los mismos.

2.° Llevar los bienes muebles como sitios ó raíces.

3.° Llevar los bienes sitios como muebles.

En este caso y en el anterior, por virtud de una ficción, se altera la condición legal de los bienes en las relaciones entre los cónyuges.

4.° Dar al marido firma ó aumento de dote á la mujer.

5.° Establecer viudedad recíproca y universal. No mediando pacto en tal sentido, la viudedad sólo comprende los bienes sitios, ó los aportados como tales.

6.° Renunciar la mujer su parte de gananciales, ó darse por contenta con bienes determinados, sin poder pedir más.

7.° Entregar los inmuebles al marido como estimados, en pago de cierta cantidad aportada al matrimonio.

8.° Asegurar el marido los bienes muebles de la mujer con otros suyos.

9.° Llevar el aportante los bienes muebles á propia herencia suya.

El proyecto de apéndice para Aragón, al Código civil, contiene las siguientes bases y disposiciones:

Primera. Libertad de estipulación. Preceptos del mismo Código aragonés, como supletorios. (Art. 85.)

Segunda. Capacidad al tener aptitud para contraer matrimonio, y facultad para alterar ó revocar las capitulaciones antes ó después de la celebración de dicho matrimonio. (Art. 86.)

Tercera. Al efecto de producir perjuicio á tercero, se exige el otorgamiento de escritura pública cuando se aporten bienes inmuebles, ó documento ante el Secretario del Juzgado municipal respectivo y dos testigos, cuando no haya Notario, y versen exclusivamente las capitulaciones sobre bienes muebles cuyo valor no exceda de 2.500 pesetas, con obligación de comunicar

por oficio el otorgamiento al Presidente de la Audiencia de Zaragoza. (Art. 87.)

Se reconoce en el mismo artículo, validez y eficacia *entre las partes*, á las capitulaciones otorgadas en otra forma.

No se prefija la forma cuando los bienes son muebles y exceden de las 2.500 pesetas, aunque debe suponerse necesaria la escritura pública al efecto de las relaciones con terceras personas.

Cuarta. El matrimonio contraído fuera de España por un aragonés con una extranjera, debe regirse, á falta de capitulaciones matrimoniales, por las disposiciones del derecho de Aragón. (Art. 94.)

Aparte de esto, y en lo relativo al contenido del contrato, se establece el siguiente:

«Art. 88. Los ascendientes de los cónyuges pueden instituir á éstos, en las capitulaciones que otorguen para su matrimonio, herederos de todos sus bienes, ó dotarlos con una porción de éstos, ó con determinada cantidad en concepto de legítima. La institución ó dotación á que este artículo se refiere, es susceptible de cuantas condiciones de revocación, cargas á favor de otras personas, reversión, reservas del señorío mayor y facultad de gravar ó enajenar impongan los ascendientes. Son además irreformables, á menos de mediar acuerdo de todos los que intervinieran en las capitulaciones, ó de sus herederos ó representantes.

»Art. 89. Los contrayentes pueden establecer en sus capitulaciones matrimoniales los pactos que estimen convenientes sobre sucesión de sus bienes presentes y futuros, siempre que no perjudiquen los derechos que se reconocen en este Código á los descendientes. Los cónyuges, procediendo de común acuerdo, podrán alterar dichos pactos cuando lo estimen conveniente, pero el sobreviviente no podrá hacerlo sino en lo que se refiere á sus propios bienes.

»Art. 90. También pueden los cónyuges pactar en sus capitulaciones que el sobreviviente de ellos, ó personas especial-

mente determinadas por el parentesco ó por las funciones que ejerce, hagan la elección de un sucesor universal entre los descendientes, y fijar para los demás, con cargo á la herencia, dotes prudenciales que les sirvan de legítima paterna y materna.

»Art. 91. Es lícito á los cónyuges aportar al matrimonio sus bienes muebles, con pacto de que se consideren sitios ó como herencia del aportante.»

«Art. 93. Sanciona la licitud del pacto de hermandad universal ó limitada á determinados bienes.»

El régimen supletorio del derecho aragonés es bastante análogo al de Castilla, y no presenta los inconvenientes del que quiere establecerse para Cataluña.—Nada diremos de la extraordinaria amplitud que quiere darse al contenido en las capitulaciones matrimoniales, por estar en relación con todo el derecho de aquella región; pero sí haremos constar que cuanta más importancia y alcance se conceda al contrato, más tiene que resaltar el grave inconveniente de permitir que para las relaciones entre los interesados se consienta cualquier forma, hasta la verbal, pues tal sistema será tan liberal como se quiera, pero sólo puede producir confusión de derechos, oscuridad, dudas, pleitos y discordias en las familias.

En cambio no vemos gran inconveniente en que se permita la alteración de las capitulaciones matrimoniales después de casados los cónyuges, siempre que, con relación á terceros, exista en la Audiencia, y mejor en puntos más próximos á la esfera de acción de los interesados, un Registro seguro, donde todas las capitulaciones y su alteración consten con fidelidad y oportunamente.

Hay que advertir que en Aragón son permitidas las donaciones entre los cónyuges durante el matrimonio.

D. *Navarra.*—Las capitulaciones matrimoniales en Navarra tienen más limitado alcance que en Aragón y Cataluña.

El régimen económico de la sociedad conyugal es uno: el establecido en sus Fueros, y sólo dentro de él suelen pactarse modificaciones especiales con relación á los bienes aportados.

Las capitulaciones son un medio de prueba que justifica las aportaciones de cada cónyuge al matrimonio y las condiciones con que los bienes se donan, y en tal sentido se exigen. Por lo mismo, sólo una ley, la 1.ª, tít. 14, libro 3.º de la Novísima Recopilación de aquel país, se ocupa especialmente de ese contrato, exigendo que en él los Escribanos ante quienes se otorguen, describan de un modo expreso y determinado todos los bienes que cada uno de los cónyuges aporten á la sociedad ó se comprendan en las donaciones.

Rigiendo en Navarra el Código civil como supletorio, es claro que aun en cuanto á la facultad de escoger un régimen económico distinto al de sus Fueros, existe para los futuros cónyuges en dicha región completa libertad.

Las capitulaciones suelen otorgarse en escritura pública y antes de la celebración del matrimonio. Los padres de los contrayentes intervienen de ordinario como donantes, y por exigencia del art. 169 de la ley Hipotecaria, las personas á quienes corresponde exigir hipoteca en garantía de la dote y calificar su suficiencia.

El régimen supletorio, á falta de capitulaciones matrimoniales que lo determinen, será el propio de Navarra, el que resulta con arreglo á las leyes del país, salvo si el matrimonio se verifica en el extranjero, en cuyo caso ha de aplicarse el art. 1325 del Código, según hemos expuesto en el respectivo comentario.

Por lo demás, aunque lo ordinario es partir del régimen propio del país, aceptándole desde luego ó suponiéndose como hecho indubitado su aceptación, las capitulaciones matrimoniales, al comprender la dote y las donaciones *propter nuptias* hechas por los padres á sus hijos al casarse, revisten extraordinaria importancia en las relaciones familiares, y más aún si se atiende á la extraordinaria libertad concedida á los padres para disponer de sus bienes entre vivos ó por causa de muerte. En las capitulaciones, á semejanza de Aragón y Cataluña, se contienen verdaderas instituciones de herederos con reservas casi nominales para poder testar ó para atender á la irrisoria legítima de

los demás hijos, y se establecen pactos y condiciones especiales, que serán examinadas más oportunamente cuando nos ocupemos de las donaciones por razón de matrimonio.

E. *Vizcaya.*—Las capitulaciones matrimoniales ofrecen en Vizcaya un carácter análogo al de Navarra.

Aun siendo como son importantísimas, y representando un verdadero pacto de familia, no alteran el régimen único de bienes de la sociedad conyugal usual en el país, y reglamentado en su fuero. No previó, ni pudo prever éste, dada la época de su formación, las cuestiones relativas á la libertad de estipulación, en cuanto al régimen entre los futuros cónyuges, y á lo que debía estimarse como sistema legal supletorio ante el silencio de las partes. El sistema legal es evidente, es el que se establece en las leyes del Fuero. Si en cuanto á la libertad de estipulación hubiese alguna duda, la resolvería el párrafo primero del art. 1315 del Código civil, que debe regir en aquella región como supletorio.

De ordinario, en las familias de los labradores acomodados ó propietarios, se otorgan las capitulaciones matrimoniales, haciéndolo en su caso en escritura pública antes de la celebración del matrimonio.

Concurren, de una parte, el esposo, menor ó mayor de edad, con sus padres, y de otra, la esposa con los suyos. Los padres del esposo ceden á éste, si es el hijo mayor, la casería y los demás bienes que crean conveniente, reservándose la mitad de sus productos, y apartando á los demás hijos en cuanto á los bienes de la donación. Los padres de la esposa constituyen para ésta su dote, que se entrega al futuro marido, asegurándose con hipoteca la devolución, en su caso. Los esposos se hacen recíprocas donaciones, y se acostumbra á estipular la vida en común con los padres, la entrega á éstos de alguna cantidad, lo que ha de darse en su día á los demás hijos, hermanos del esposo, el destino de los bienes donados, la comunidad habiendo hijos, la reversión de los inmuebles á los padres ó á la familia de que proceden cuando no queden descendientes, la facultad

en el cónyuge sobreviviente de disponer de los bienes entre los hijos comunes, caso de fallecer el otro cónyuge sin testamento, etc.

CAPÍTULO II

De las donaciones por razón de matrimonio.

Constituye esta materia un capítulo del título referente al contrato de bienes con ocasión del matrimonio. Los preceptos del Código son aplicables, sin embargo, lo mismo en el caso de que se haya otorgado tal contrato, que en el de que no medien capitulaciones matrimoniales, y es que la ley supone, como hemos dicho, que el contrato existe siempre, pues si no se estipula expresamente nada en contrario, se entiende aceptado por los futuros cónyuges el régimen legal supletorio de gananciales con todas sus consecuencias.

Es más, los preceptos contenidos en los artículos 1327 al 1335, son en su mayoría de naturaleza tan independiente, que, como veremos en su lugar, no pueden ser modificados por la voluntad de las partes; son de aquellos que la ley impone como necesarios, sea el que fuere el régimen de la sociedad conyugal.

La labor del Código en esta parte es considerada, en general, digna de encomio. Ha uniformado nuestra legislación común en todo lo referente á las donaciones por razón de matrimonio, y ha formulado sobre la materia una serie de reglas concretas y reunidas que sustituyen á las varias, dispersas é inarmónicas que existían en el derecho antiguo.

Nuestro Código, una vez establecido que los futuros cónyuges pueden estipular libremente las condiciones de la sociedad conyugal relativamente á los bienes, y después de exponer las reglas especiales del contrato de capitulaciones, entra á ocuparse del régimen legal supletorio, y dentro de él, de los bienes que forman el haber de la sociedad, dictando reglas sobre los más

importantes de ellos: donaciones por razón de matrimonio, dote y parafernales. Sigue en esto el camino natural indicado por el Sr. Alonso Martínez con las siguientes frases: «Primero es el capital y luego las ganancias que produce. En el orden lógico, como en el cronológico, la última cuestión es la de los gananciales.»

Se relacionan directamente con el matrimonio que va á celebrarse, todas las donaciones que los esposos se hacen entre sí, ó que se otorgan por terceras personas en favor de ambos esposos ó de alguno de ellos. Se relacionan también, aunque de un modo menos directo, con el matrimonio en general, las donaciones que se hacen entre sí los cónyuges después de casados, ó las que puedan otorgárseles á los mismos cuando ya se ha realizado la unión. Las donaciones que figuran en este último grupo no tienen por causa ó razón el matrimonio, por lo que el Código no tenía por qué ocuparse de ellas en este lugar. Sin embargo, los arts. 1334 y 1335 tratan de las donaciones directas ó indirectas entre cónyuges, materia en cierto modo extraña, pero evidentemente relacionada con el régimen matrimonial á que todo el título se refiere. En cuanto á las donaciones hechas á los cónyuges ya casados por terceras personas, no tienen nada de especial; siguen las reglas propias de las donaciones en general, y sólo ha creído el legislador que merecían como precepto singular ó privilegiado el que se contiene en el párrafo segundo del art. 637.

¿Deben regir reglas especiales en las donaciones por razón de matrimonio? Reglas completamente distintas y separadas de las de las donaciones en general, ó diferentes en su mayor parte, desde luego no. Pero no cabe duda de que en ciertos extremos la regla general ofrece naturales modificaciones, que requieren preceptos especiales. Podrá dudarse acerca de si dichas donaciones merecen ó no las excepciones consignadas en los artículos 1331 y 1332. No es dudoso, en cambio, que las de los arts. 1329, 1330 y 1333 son perfectamente racionales y procedentes.

ARTÍCULO 1327

Son donaciones por razón de matrimonio las que se hacen antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno ó de los dos esposos.

A) *Precedentes legales.*—Se trata de una simple definición, por lo que no es raro que no existan precedentes. Se repite en nuestro art. 1327 lo consignado en los proyectos de Código de 1851 y 1882.

Pero si no existen precedentes concretos, pueden considerarse como tales las diversas leyes que, asignando á dichas donaciones nombres distintos, establecían entre ellas distinciones más ó menos arbitrarias.

Ocúpanse de las arras las leyes 3.ª, 5.ª á 7.ª y 10.ª del título 1.º, libro 3.º del Fuero Juzgo. Las arras eran, como sabemos, la dote germana, y eran como prenda que aseguraba la celebración del matrimonio. En tal sentido, la expresada ley 3.ª decía «que si la sortiia fuesse dada é recibida por nombre de arras, magüer que otro escripto non sea ende fecho, por nenguna manera el prometimiento non sea crebantado, ni nenguna de las partes non pueda mudar el pleyto, si el otra parte non quissiere; mas las bodas sean fechas, é las arras sean cumplidas, segund cuemo es pleyteado».

El tít. 2.º del libro 3.º del Fuero Real, se destina á las arras que se deben dar en casamiento.

La Partida 4.ª, en su tít. 11, habla de las dotes, é de las donaciones, é de la arras. La ley 1.ª, después de definir la dote, añadía: «é lo que el varón da á la muger por razón de casamiento, es llamado en latín *donatio propter nuptias*, que quiere tanto dezir como donación que da el varón á la muger por razón que se casa con ella; é tal donación como ésta dizen en España propriamente arras. Mas según las leyes de los sabios antiguos, esta palabra de arra há otro entendimiento, porque quier tanto dezir como peño, que es dado entre algunos, porque se cumpla

el matrimonio que prometieron de fazer. E si por aventura el matrimonio non se cumpliesse, que fincasse en saluo el peño á aquel que guardasse el prometimiento que auia fecho, é que lo perdiesse el otro que non guardasse lo que auia prometido.»

En la ley 2.ª se decía: «Otrossi dezimos que de donación ó de arras, que son de dos maneras. La una es lo que da el marido á la mujer por razón de la dote que rescibió della. La otra es lo que da el esposo á la esposa francamente, á que dizen en latín *sponsalitia largitatis*, que quier tanto dezir como donadío de esposo, é este donadío se da ante que el matrimonio sea acabado por palabras de presente.»

Como se ve, para las Partidas, las donaciones *propter nuptias* eran las mismas arras. El sentido de aquella palabra fué, sin embargo, considerado en la realidad como distinto, y así vemos que las leyes 25-29 y 53 de Toro hablan siempre de las donaciones *propter nuptias* como término contrapuesto al de dote y distinto á las arras, como liberalidad otorgada por los padres en favor de sus hijos varones. Véanse las expresadas leyes, que fueron trasladadas á la Novísima Recopilación (leyes 4.ª y 5.ª del tít. 3.º, y 11, tít. 6.º, libro 10).

Aparte de esto, se ocupan de las donaciones esponsalicias la ley 6.ª del mismo tít. 3.º de dicho libro 10, y todo el repetido título de las arras, dotes y donaciones *propter nuptias*.

B) *Comentario*.—Las donaciones por razón de matrimonio requieren, con arreglo al art. 1327, las condiciones siguientes:

1.ª Que se hagan antes de la celebración del matrimonio.

2.ª En consideración ó por motivo precisamente de la unión proyectada.

3.ª En favor de ambos esposos ó de alguno de ellos.

No merecen, por tanto, el concepto de tales donaciones con arreglo al Código:

1.º Las hechas en favor de los cónyuges después de casados.

2.º Las hechas en favor de los esposos, antes del matrimonio, sin consideración al mismo

3.º Las otorgadas en favor de personas distintas á dichos

esposos, aun cuando tengan su razón, causa ó motivo especial en la misma unión.

Todas estas donaciones siguen las reglas generales expresadas en los arts. 618 al 656. Entre las del último grupo merecen especial mención las donaciones que pueden hacerse en favor de los hijos que se esperan tener en el matrimonio proyectado, donaciones que en Cataluña son de uso frecuente, y á las que otros Códigos consagran singular atención. El nuestro no se ocupa especialmente de tales donaciones, ni pueden incluirse en la definición del art. 1327. ¿Serían siquiera válidas con arreglo al derecho común? En principio, parece que no. Tratándose de donaciones entre vivos, que exigen, en general, la aceptación del donatario, sólo pueden, al parecer, hacerse en favor de personas, al menos concebidas, y por eso sólo á ellas se refiere el artículo 627. Pero estudiando el caso más detenidamente, puede apreciarse que ni ese artículo tiene tanto alcance, ni existe verdadera imposibilidad. El donante dispone de sus bienes en favor de quien quiera, persona nacida ó por nacer, y la donación es desde luego válida. Lo que ocurre es que esa donación puede revocarse en cualquier tiempo hasta tanto que sea aceptada por el donatario, y que la aceptación requiere al menos el hecho de hallarse esa persona concebida. Por lo demás, y con la misma limitación desde luego, el art. 640, en relación con el 781, prueba la posibilidad de hacerse donaciones entre vivos en favor de personas que aun no vivan en el momento en que se hacen. No hablamos de donaciones *mortis causa*, porque deben seguir en todo las reglas de la sucesión testamentaria.

Debemos concretarnos en este lugar á las donaciones hechas en favor de ambos esposos ó de alguno de ellos antes de la celebración del matrimonio y en consideración al mismo. Estas donaciones recibían en nuestro antiguo derecho diversos nombres. Donaciones por razón de matrimonio eran las arras, las donaciones esponsalicias (vistas ó regalos de boda), las donaciones *propter nuptias* y la dote. Los bienes parafernales pueden provenir de algunas de aquellas donaciones.

Todas las expresadas donaciones deben estimarse comprendidas entre las que regula el Código con el nombre único de donaciones por razón de matrimonio, y todas ellas son donaciones entre vivos, donaciones que producen efectos en vida del donante.

En la parte histórica hemos expuesto su origen y sus vicisitudes en el transcurso del tiempo. En el comentario de los sucesivos artículos señalaremos las disposiciones legales que en nuestro antiguo derecho les eran aplicables.

Sobre la dote legisla el Código con separación, y lo mismo sobre los bienes parafernales, y es que, con relación á la mujer, los bienes en que consisten las donaciones por razón de matrimonio, pueden tomar, según la voluntad del donante, el carácter de bienes dotales ó parafernales, y siendo distintas las reglas porque se rigen esos bienes, según dicho carácter, forzoso era ocuparse de unos y otros con separación.

C. *Códigos extranjeros.*—El Código de Chile, en los artículos 1786 y 1787 entiende por donaciones matrimoniales, las entregadas ó prometidas entre los esposos antes del matrimonio y en consideración al mismo, y las hechas por terceras personas en favor de los desposados antes ó después de la celebración del matrimonio.

El Código de Portugal, arts. 1166 y 1175, y el de Holanda, artículos 223 y 231, reconocen la facultad de los esposos de hacerse donaciones entre sí antes del matrimonio, y en los terceros de hacerlas á los futuros esposos. Análogos preceptos contienen los artículos 2231 y 2232 del de Méjico.

El de Guatemala trata separadamente de las arras (artículos 1138 al 1141).

ARTÍCULO 1328

Estas donaciones se rigen por las reglas establecidas en el título segundo del libro tercero, en cuanto no se modifiquen por los artículos siguientes.

A. *Precedentes legales.*—No existen concretos. Se expresaba la misma idea en los Proyectos de 1851 y 1882.

En nuestro derecho antiguo, celebrándose el matrimonio para el que fueron dadas ú ofrecidas arras ú otras donaciones, éstas pasaban al dominio del donatario. La ley 3.ª, tít. 2.º, libro 3.º del Fuero Real, conforme con la 7.ª del mismo título y libro del Fuero Juzgo, disponía: «Quando el que casare diere arras á la manceba con quien casa, si ella no hobiere veinte años, el padre ó la madre de la manceba haya poder de guardar estas arras para su fija, porque no se puedan perder, ni vender, ni enajenar; é si padre ó madre no hobiere, los hermanos de la manceba ó los otros más propincuos parientes hayan este poder; e quando hobiere la manceba edad de veinte años, entreguengelas.»

Según la ley 4.ª del mismo título y libro, «el marido de qualquier muger no pueda mal meter ni enagenar las arras que diere á su muger, maguer que ella lo otorgue; e otrosí, no las puede mal meter, ni enagenar mientras que el marido quisiere, maguer que ella lo otorgare, ni despues de su muerte, mientras que fijos dél hobiere, fueras ende la quarta parte, asi como manda la ley».

La ley 51 de Toro (2.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación), en caso de no quedar hijos, dispuso que la mujer pudiese dejarlas en testamento á quien quisiere, y en todo caso perteneciesen á los herederos de ella, y no al marido.

B. *Comentario.*—Goyena, con relación al art. 1246 del Proyecto de 1851, decía: «Las donaciones en abstracto son el género; las matrimoniales, una especie de ese género, y es natural que se gobiernen por las mismas reglas en cuanto lo permita su especialidad ó lo favorable de su naturaleza.»

Apenas si el artículo necesita otro comentario. Se trata de donaciones que producen sus efectos en vida del donante; son, pues, aplicables los arts. 618 al 656, en cuanto sus preceptos no se modifiquen por los de los 1329 al 1333.

Las principales excepciones son, como veremos, las siguientes:

1.ª Las donaciones por razón de matrimonio no requieren la aceptación del donatario.

2.ª Pueden hacerlas los menores de edad, autorizados por las personas que deben prestarles su consentimiento para el matrimonio.

3.ª No pueden exceder de la décima parte de los bienes presentes cuando se hacen por los desposados entre sí.

4.ª Pueden referirse á bienes futuros.

5.ª Deben, por regla general, entregarse los bienes libres de gravámenes.

6.ª No se revocan por causa de ingratitud ni por superveniencia de hijos.

7.ª Se revocan, en cambio, por el hecho de no celebrarse el matrimonio, y por las otras causas especiales señaladas en el artículo 1333.

Consecuencia de someterse las donaciones por razón de matrimonio á las reglas generales de la donación, en cuanto no se hallen modificadas por los arts. 1329 á 1333, es que los bienes donados pasan del dominio del donante al del donatario, con las condiciones ó limitaciones que consten en el respectivo contrato ó en las capitulaciones, formando parte en la sociedad de gananciales, si rige este sistema, del haber privativo del cónyuge donatario.

En las donaciones hechas en favor de la esposa, ese haber puede tener el carácter de bienes dotales si se dieron ú ofrecieron como aumento de dote ó de bienes parafernales, y, según su clase, siguen las reglas especiales del Código relativas á dichos bienes.

La ley Hipotecaria, en sus arts. 178 y 179, sienta la siguiente doctrina, basada en nuestro antiguo derecho: «La hipoteca legal por razón de arras y donaciones esponsalicias, sólo tendrá lugar cuando unas ú otras se ofrezcan por el marido como aumento de dote. Si se ofreciesen sin este requisito, sólo

producirán obligación personal, quedando al arbitrio del marido asegurarla ó no con hipoteca. Si el marido ofreciere á la mujer arras y donaciones esponsalicias, solamente quedará obligado á constituir hipoteca por las unas ó por la otra, á elección de la misma mujer, ó á la suya, si ella no optase en el plazo de veinte días que la ley señala, contado desde el en que se hizo la promesa».

Estos artículos, como afirma el Sr. Escosura, no tienen hoy aplicación, y, según sus frases, conformes con lo expuesto, ó la donación, llámese arras ó donación esponsalicia, ó como se quiera, se hace en concepto de dote, ó es simple donación, y forma parte de los parafernales de la mujer. Si lo primero, la mujer tendrá, respecto á los bienes donados, los derechos que en general tiene respecto á los dotales; y si lo segundo, los que se le reconocen en los parafernales, según que los entregue ó no al marido para su administración.

Estas frases se hallan escritas bajo la base de admitirse el sistema de gananciales ó el dotal. En el de separación, los bienes todos de la mujer tienen el concepto de parafernales. En el de comunidad absoluta, tampoco cabe distinción: todo es común á no donarse expresamente con la condición de que no lo sea.

C. *Códigos extranjeros.*—Concuerda el art. 1328 en lo esencial con los 1789 del Código de Chile, 1174 del de Portugal, 1081 del de Francia y 2245 del de Méjico.

ARTÍCULO 1329

Los menores de edad pueden hacer y recibir donaciones en su contrato antenupcial, siempre que las autoricen las personas que han de dar su consentimiento para contraer matrimonio.

A. *Precedentes legales.*—Sólo puede citarse la ley 14, tít. 2.º, Partida 4.ª, mencionada en el comentario del art. 1318, cuyo criterio era muy diferente.

B. *Comentario.*—Como muestra del favor que del legislador

merecen las donaciones por razón de matrimonio, el art. 1329 consigna la primera excepción. En virtud de la regla general, los menores de edad pueden recibir ciertamente donaciones, aceptándolas sus representantes legítimos; mas no pueden hacerlas nunca, porque tal acto no puede considerarse para ellos necesario ni útil.

Por lo demás, este artículo repite para las donaciones matrimoniales el precepto contenido en el 1318 con relación á las capitulaciones. El estudio hecho en aquel lugar, donde quedó expuesto el alcance del precepto, su razón, relaciones y contenido, nos releva de hacer aquí un detenido examen.

El precepto del art. 1329 no puede modificarse por la voluntad de los interesados. Las donaciones por razón de matrimonio, no autorizadas en la forma que exige ese artículo, no son válidas por la falta de consentimiento de la persona designada por la ley para suplir la incapacidad del menor, y deben, por lo tanto, considerarse como no hechas, pudiendo reclamarse la nulidad por el mismo donante ó sus herederos, y sin que después de celebrado el matrimonio quepa confirmación.

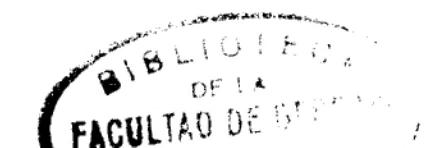
Si se trata de donaciones hechas por otros incapacitados, debe aplicarse el art. 1323, ó proceder con arreglo á lo dispuesto en el mismo.

C. *Codigos extranjeros.*—Concuerda el art. 1329 con el 1095 del Código francés y el 1173 del de Portugal. El 2240 del de Méjico exige la aprobación judicial.

ARTÍCULO 1330

No es necesaria la aceptación para la validez de estas donaciones.

A. *Precedentes legales.*—En nuestras leyes antiguas las donaciones en general debían ser aceptadas. No se expresa en ninguna ley relativa á arras, donaciones esponsalicias ó donaciones *propter nuptias.* la necesidad de esta aceptación; pero tam-



poco se establece excepción alguna sobre el particular, por lo que debía entenderse que subsistía la regla general.

B. *Comentario.*—La necesidad de la aceptación en las donaciones, quiere decir, que hasta tanto que exista, el donante puede revocar á su arbitrio la liberalidad que hizo, que la donación no aceptada no existe en realidad, y como consecuencia que el donatario que expresamente no aceptó antes de morir una donación, nada adquirió ni nada pudo, por tanto, transmitir á sus herederos.

En las donaciones por razón de matrimonio no ocurre lo mismo. El donante queda ligado por su sola voluntad: una vez hecha la donación no puede revocarla á su arbitrio, hubiese sido ó no aceptada por los donatarios. Si el matrimonio se realiza, la donación es eficaz.

El art. 1247 del Proyecto de 1851, decía: «Las donaciones matrimoniales no pueden ser anuladas ni revocadas por falta de aceptación.» Á pesar del espíritu favorable y amplio del precepto, Goyena, comentando dicho artículo, decía: «En las donaciones en general, la aceptación debe ser expresa en la misma escritura de donación ó en otra separada: aquí bastará que el donatario presencie y firme el instrumento.»

Creemos que el art. 1330 de nuestro Código, como el 1247 citado, quiere decir mucho más que eso. El hecho de recibir un regalo se entiende aceptación, aunque se trate de bienes inmuebles, y el donatario no intervenga en la escritura, ni, por tanto, la firme; la donación es válida y eficaz, pues no requiere el artículo que sea aceptada en forma alguna. La razón del precepto indica lo mismo: hecha la donación por causa de matrimonio en favor de los futuros esposos, el hecho de casarse éstos envuelve la aceptación. Este es el motivo racional de la excepción.

De que la donación sea válida aunque no conste que fué aceptada, de que el matrimonio suponga esa aceptación, no se deduce que el donatario tenga que aceptarla forzosamente. Libre es para renunciarla. El legislador establece en su favor la excepción, y así no necesita expresar su voluntad de aceptar, ni

en el mismo documento ni en otro distinto; pero de ningún modo pretende imponer la voluntad del donante á la del donatario, obligándole á recibir una liberalidad que por cualquier motivo crea éste que debe rechazar. Por otra parte, aunque la aceptación no es necesaria, nada impide que se verifique.

El precepto es aplicable lo mismo á las donaciones hechas por uno de los esposos al otro, que á las hechas por un tercero en favor de cualquiera de los desposados ó de ambos, y ya se otorguen en las mismas capitulaciones matrimoniales ó en documento separado, ó sin documento alguno cuando sean válidas sin este requisito de forma. El artículo está redactado en términos generales que no admiten restricción, separándose en esto de los Códigos de Portugal y de Francia, que sólo se refieren á las donaciones entre los desposados ó hechas por terceros en las capitulaciones, el primero, y á las hechas por contrato de matrimonio, el segundo.

C. *Códigos extranjeros.*—Pueden citarse como concordantes los artículos 1062 del Código de Italia, 1043 del de Venezuela y 2237 del de Méjico.

El Código de Holanda, artículos 225 y 232, distingue: las donaciones entre los futuros esposos en absoluto, y las hechas por terceros en favor de los desposados si constan en el mismo contrato matrimonial, no requieren aceptación; las hechas por terceros en contrato separado, deben aceptarse.

Igual doctrina contiene el Código de Portugal, artículos 1169, núm. 1.°, y 1176. Véase también el 1087 del Código francés.

El de Chile no consigna esta excepción.

ARTÍCULO 1331

Los desposados pueden darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes, y respecto de los futuros, sólo para el caso de muerte, en la medida marcada por las disposiciones de este Código referentes á la sucesión testada.

A. Precedentes legales.

a) Arras.—La ley 6.ª, tít. 2.º, libro 3.º del Fuero Juzgo, fijó la tasa de las arras en la décima parte de todos los bienes del esposo. Y en caso de darlas los padres, en la décima parte de aquello que heredare el hijo después de la muerte de su padre, «e demás diez mancebos e diez mancebas, e veinte cavallos, y en donas tanto quanto deva seer asmado que vala mil sueldos».

Las leyes 1.ª y 2.ª del tít. 2.º, libro 3.º del Fuero Real, limitó también las arras á la décima parte de los bienes del esposo, al entregarlas ó al serle demandadas, «e si el padre o la madre quissiere dar arras por su fijo, no pueda dar más del diezmo de lo que puede heredar dellos».

Confirma estos preceptos la ley 50 de Toro (1.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación).

b) Donaciones esponsalicias.—La ley 6.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, confirmada por las 7.ª y 8.ª, disponía lo siguiente: «Y porque los que se desposan ó casan, suelen dar al tiempo que se desposan ó casan, á sus esposas y mujeres, joyas y vestidos excesivos, y es cosa necesaria que asimismo se ordene y modere; mandamos, que de aquí adelante, ninguno ni alguno de estos nuestros reynos, que se desposaren ó casaren, no pueda dar ni dé á su esposa y mujer en los dichos vestidos y joyas, ni en otra cosa alguna, más de lo que montare la octava parte de la dote que con ella recibiere.»

No existía tasa en estas donaciones cuando se hacían por la esposa en favor del esposo.

c) Donaciones propter nuptias.—Estas donaciones no tenían tasa especial. Así se deduce claramente del texto de las leyes 5.ª del tít. 3.º y 11 del tít. 6.º del libro 10 de la Novísima Recopilación (29 y 25 de Toro), según las cuales, dichas donaciones debían colacionarse en la herencia del donante, sin que se tuviesen en cuenta para la fijación del tercio y quinto de mejora, y repudiando la herencia del donatario, se estimaban válidas y eficaces no siendo inoficiosas, esto es, no excediendo de la legítima del hijo, «y tercio y quinto de mejoría en caso que el

que la dió podía hacer la dicha mejoría cuando hizo la dicha donación», y atendiendo al valor de los bienes del donador al tiempo de su muerte.

El Proyecto de Código de 1851 sólo limitaba las donaciones por razón de matrimonio con el respeto debido á la legítima de los herederos forzosos, y aun permitía al donatario que para apreciar la inoficiosidad, pudiese elegir entre el día del fallecimiento del esposo donante, ó el día en que se otorgó la donación.

B. *Comentario.*—Lo primero que debe hacerse notar en este artículo, es que sólo se refiere á los desposados, ó sea á las donaciones que puedan hacerse entre sí, no á las hechas por terceras personas.

Después se establece una distinción entre las donaciones de bienes presentes y las de bienes futuros.

Examinaremos, pues, la tasa de las donaciones matrimoniales en los diferentes casos que puedan ocurrir.

PRIMERO. DONACIONES ENTRE LOS DESPOSADOS.

a) De bienes presentes,—En el comentario de los artículos 634 y 635 quedó establecida la distinción entre bienes presentes y futuros. Son bienes presentes, aquellos de que el donante puede disponer en el momento de la donación.

La regla general en cuanto á las donaciones de estos bienes es la contenida en los artículos 634 y 636. La donación puede comprender todos los bienes presentes del donante, con tal que éste se reserve, en plena propiedad ó en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias, sin que, además, nadie pueda dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar ó recibir por testamento.

El art. 1331 establece una excepción cuyo carácter es esencialmente distinto al de todas las demás, porque envuelve una limitación impuesta por la ley á los desposados, quienes en favor de cualquier persona pueden hacer donaciones con arreglo á los artículos 634 y 636; mas en favor de aquellas con quien van á contraer matrimonio, sólo pueden disponer de la décima parte de sus bienes presentes.

Sigue en esto el legislador el criterio de nuestras leyes antiguas respecto á las arras, aplicándole á toda clase de donaciones por razón de matrimonio, hechas por el esposo á la esposa ó por ésta á aquél. La razón del precepto es evidente: la ley quiere defender á los interesados del peligro á que les arrastra su propia pasión, y evitar que su exagerado cariño y la natural tendencia á la prodigalidad en tales casos, comprometa la fortuna del donante. En matrimonios desiguales por la edad ó los bienes, quiere quitar estímulo á la codicia. El móvil es ciertamente generoso y buena la idea, y desde luego digna de aplauso la uniformidad que se establece en sustitución de las arbitrarias distinciones que resultaban en nuestro antiguo derecho. Pero ya por la posibilidad y hasta facilidad de burlar la ley, que no puede edificar en firme en terreno tan movedizo, ya por la anomalía que resulta de poder donar una fortuna reservándose lo necesario para vivir, y sin perjuicio de las legítimas, cuando se trata de un extraño, y haber de reservarse el donante nueve décimas partes de sus bienes presentes cuando se trata del que ha de ser el constante compañero de su vida, sería tal vez preferible establecer una sola regla general y uniforme para toda clase de donaciones: la consignada en el art. 634 y en el 636.

La ley sienta el precepto sin establecer su sanción. La ilegalidad no puede presumirse, por lo que la donación debe estimarse válida en principio cuando el donante asegure que no excede de la décima parte de sus bienes presentes, pues aunque intervenga en el acto algún Notario y se trate de inscribir la donación, ni el Registrador, ni el Notario son los llamados á investigar la fortuna del donante para apreciar si excede ó no de la tasa marcada por el legislador. El acto, pues, debe inscribirse en su caso, por no ser necesariamente nulo, sino sólo de posible anulación mediante la prueba de exceder de la décima parte de los bienes del donante en el momento de la donación.

Aun excediendo de esa décima parte el valor real de los bienes donados, la donación debe estimarse válida hasta esa cantidad y nula sólo en el exceso. Pero ¿quién y en qué tiempo y

forma puede reclamar esa nulidad? Desde luego, la acción corresponde al donante ó á sus representantes legítimos en su caso. Mas si el donante no ejercita la acción, como es probable, ¿tendrán igual derecho sus herederos? Se trata indudablemente de una acción de nulidad, por lo que deben seguirse las reglas generales sobre nulidad de los contratos. La duración de la acción debe fijarse en cuatro años: dentro de ese tiempo la acción puede ejercitarse por el donante, ó por sus herederos si aquél hubiese fallecido. Después no existe acción en el causante y no puede transmitirse á dichos herederos. Si la donación fuere inoficiosa, en el verdadero sentido de la palabra, por perjudicar la legítima de los herederos forzosos, ya teniendo en cuenta su exceso, ya sumada á otras donaciones anteriores desde luego preferentes, y atendiendo al valor de los bienes del donante al tiempo de su muerte, esos herederos forzosos podrían hacer reducir la donación, pero no en virtud del precepto del art. 1331, sino con arreglo á los 636 y 654 á 656 del mismo Código.

La demanda de nulidad, en su caso, derivada de dicho artículo 1331, seguirá los trámites propios de los juicios declarativos, según su cuantía, y exige la prueba del exceso de la donación.

Aunque en general los actos nulos son susceptibles de confirmación, no ocurre así con relación al acto que nos ocupa, porque, antes del matrimonio, nunca puede exceder la donación de la décima parte del valor de los bienes presentes del donante, y después, la prohibición es aun más absoluta con arreglo al artículo 1334. Cabe, sí, la confirmación tácita; la expresa sólo en el caso de que la donación deje de merecer el concepto de matrimonial.

Advertiremos, por último, que la tasa fijada en el art. 1331 alcanza también á la dote cuando se constituye por el esposo.

b) *De bienes futuros.*—Bienes futuros son aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

El art. 635 prohibe como regla general la donación de bienes futuros, siendo evidente que se refiere á las donaciones entre

vivos ó que producen sus efectos en vida del donante, pues es claro que si la donación sólo ha de producir efectos después de su muerte, se referiría á los bienes que en ese momento perteneciesen al donador, fuesen presentes ó futuros al otorgarse, con las formalidades propias de los actos de última voluntad, la expresada donación. Ni tales donaciones *mortis causa*, equiparadas á los legados, podían ser prohibidas á pretexto de poder recaer sobre bienes futuros.

El art. 1331 permite donar por razón de matrimonio los bienes futuros, *sólo para el caso de muerte*, en la medida marcada por el mismo Código respecto á la sucesión testada.

¿Qué alcance tiene este precepto? ¿Se refiere á donaciones *inter vivos* ó sólo á las *mortis causa?* ¿Repite la disposición del art. 620, ó establece una verdadera excepción al 635?

Los autores que hemos consultado no se han detenido á reflexionar sobre extremo tan importante, así es que estiman que se trata de una excepción y que se alude á las donaciones *mortis causa*, lo cual, á nuestro modo de ver, no puede conciliarse. Uno de los más notables expositores de nuestro derecho civil, dice: «La tasa consiste, respecto de bienes *presentes*, en la décima parte, y respecto de bienes *futuros, sólo para el caso de muerte*, es decir, que han de ser de la clase de las *mortis causas*, cuando á bienes futuros se refieran, y en la medida marcada por el Código respecto á la sucesión testada, ó lo que es igual, todo lo que quepa dentro de la libre disposición de bienes que por testamento pueda hacer el esposo donante, según los derechos legitimarios que otras personas tuvieren á su sucesión por testamento.» Y añade: «Esta posibilidad legal de donaciones matrimoniales de bienes futuros constituye un precepto de excepción respecto de la regla general en materia de donaciones que consigna el art. 635.» Nosotros sostenemos que si se trata de donaciones *mortis causa*, no hay tal excepción, y si existe excepción, ha de referirse el artículo á donaciones entre vivos, porque sólo á ellas pudo y debió referirse el art. 635.

Otro escritor, también competente, mezcla esta cuestión con

la del art. 1044, y explica el artículo que nos ocupa en términos bajo otro aspecto también contradictorios, al decir: «y en cuanto á los bienes futuros, *á pesar* de la prohibición que con carácter general les afecta para ser donados, y de la imposibilidad de dar y recibir por donación más de lo que puede darse ó recibirse por testamento, podrán atribuirse cuotas iguales á las que en sus distintos casos legales constituyen los derechos del cónyuge viudo en la sucesión testada, sin que tales donaciones puedan reducirse como inoficiosas sino en el caso de que excediesen en más de una décima parte de las respectivas cuotas, al igual que los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipos, pero con la condición de no surtir sus efectos sino para el caso de muerte». Vemos aquí cierta confusión: el artículo 1331 se refiere á las donaciones entre los desposados; el 1044 sólo á las hechas á los esposos por sus ascendientes; además, la restricción del 1331 referente á la décima parte, sólo ha de aplicarse á los bienes *presentes:* en cuanto á los futuros, la medida es la marcada en las disposiciones del Código referentes á la sucesión testada, por lo que la regla se impone, no *á pesar* de la imposibilidad de dar y recibir por donacion más de lo que se puede dar ó recibir por testamento. sino precisamente fundándose en esa imposibilidad.

Explicaremos el art. 1331 en esta parte, según el juicio que su atento estudio nos merece.

Con relación á la donación de bienes futuros cabe seguir diferentes criterios. Cabe considerarlas desde luego como donaciones que sólo han de producir efecto al tiempo de la muerte del donante y precisamente por este hecho, si antes no hubiesen sido revocadas (donaciones *mortis causa*). Cabe estimarlas donaciones entre vivos, irrevocables por lo tanto, y con derecho en el donatario para hacer suyos los bienes futuros del donante conforme vayan adquiriéndose por éste, y sin facultad, por tanto, en el donante para disponer por ningún título ni concepto. Cabe, por último, calificarlas de irrevocables, pero limitar la donación á los bienes del donante que existan en su poder al

tiempo de su muerte, permitiéndole en el intermedio la disposición por actos entre vivos de los adquiridos con posterioridad á la donación, ya en absoluto, ya á título oneroso: esto es, cabe estimar como bienes futuros aquellos de que no pudiendo disponer el donante en el momento de donar, le pertenezcan el día de su muerte.

Las palabras del art. 1331 envuelven el completo abandono del segundo de los expresados criterios: la ley no quiere que el donante quede sujeto, ni aun por su voluntad prestada con más ó menos irreflexión, á no poseer nada de lo que vaya adquiriendo, á no poder ya disponer de nada. Por otra parte, limitar las donaciones entre esposos á la décima parte de los bienes presentes, y consentir de un modo tan absoluto las de bienes futuros, sería un contrasentido inexplicable, tanto más cuanto que cada nueva adquisición por el donante constituiría realmente una nueva donación sin tasa realizada entre cónyuges durante el matrimonio, á despecho de la prohibición contenida en el artículo 1334.

Tampoco debe admitirse que el art. 1331, al hablar de bienes futuros, quisiera referirse únicamente á las donaciones *mortis causa,* ó que sólo producen efectos por muerte del donante, con facultad de ser revocadas hasta ese momento. El Código establece reglas excepcionales para las donaciones por razón de matrimonio, y repetir un principio general no es excepción de ninguna clase Ya se sabe lo que por actos de última voluntad, en concepto de herencia, legado ó donación *mortis causa*, puede dejarse á una persona, y si el art. 1331 intentara sólo repetirlo innecesariamente, su precepto sería tan inútil como baladí. Si ha de significar algo, si ha de tener algún sentido, si ha de representar una excepción, preciso es convenir en que la ley permite á los desposados entre sí algo anormal, que se hagan donaciones entre vivos de bienes futuros, donaciones irrevocables, donaciones que producen desde luego algún efecto en vida del donante. Ni debe presumirse cosa distinta desde el momento en que todo el título trata de donaciones de esa clase ó de una es-

pecie determinada de donaciones entre vivos, y habla de tales donaciones como hechas en capitulaciones matrimoniales ó en contrato separado, mientras que las donaciones *mortis causa* suponen una especie de legado, un acto de última voluntad, hecho con las formalidades propias de los mismos.

Esto supuesto, el sentido del artículo debe ser el mismo que el del 1258 del proyecto de Código de 1851: «Los esposos pueden hacerse donaciones entre vivos de los bienes presentes ó de los que dejaren á su muerte.» De este modo, las donaciones de bienes futuros surten su efecto desde luego en el sentido de no poder revocarse al arbitrio del donante, pero sólo dan derecho á los bienes dejados por éste al tiempo de su muerte de que libremente pudiese disponer en su testamento. Si, pues, no quedan descendientes ni ascendientes, corresponderán al donatario todos los bienes que el donante, su consorte, hubiera dejado al morir, ó la cuota que expresamente se hubiese donado. Si quedan legitimarios, la donación ha de respetar íntegramente las legítimas, por lo que si se hizo de una cuota mayor, sufre la reducción necesaria en cuanto resulte inoficiosa.

Por su parte, el donante puede adquirir bienes después de la donación, y disponer de ellos por actos entre vivos, á título oneroso ó á título lucrativo, pues la ley no le impone limitación, y la donación de bienes futuros sólo puede hacerse para el caso de muerte, ó sea sólo respecto á los bienes que dicho donante dejare á su fallecimiento. El Proyecto de 1851 marcaba con claridad los efectos de tales donaciones y seguía un criterio distinto: en primer lugar, el donante podía disponer de sus bienes futuros por título oneroso, pero no á título lucrativo; y en segundo lugar, sobreviviendo el donante al donatario, y no quedando descendientes del matrimonio en cuya consideración se hizo la donación, podía ésta ser revocada, aun en virtud de testamento.

El precepto del art. 1331, en cuanto á los bienes futuros, peca de lacónico, y sería conveniente redactarlo con la extensión necesaria para evitar toda clase de dudas.

SEGUNDO. *Donaciones hechas á los esposos por terceras perso-*

nas.—Nuestro Código limita á las donaciones entre los desposados el precepto del art. 1331. No establece, por tanto, disposición alguna excepcional respecto á las donaciones hechas á los esposos por sus padres, ascendientes ú otras personas. Éstos sólo pueden donar sus bienes presentes; pero en cuanto á ellos, no existen en la ley más limitaciones que las que se derivan de los arts. 634 y 636.

Algo hay, no obstante, de excepcional en dichas donaciones cuando se hacen por los ascendientes, pues según el art. 1044, los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipos no se reducirán por inoficiosos sino en la parte que excedan de un décimo ó más de la cantidad disponible por testamento. Es un beneficio concedido por la ley en favor de determinadas donaciones matrimoniales.

El precepto de dicho artículo 1331 es prohibitivo; no puede modificarse por la voluntad de los interesados.

C. *Códigos extranjeros.—Chile:* «Art. 1788. Ninguno de los esposos podrá hacer donaciones al otro por causa de matrimonio sino hasta el valor de la cuarta parte de los bienes de su propiedad que aportare.»

Guatemala.—El art. 1139 fija la tasa de las arras en la décima parte de los bienes que el esposo tenga antes de casarse.

Méjico.—Según los arts. 2233 al 2236, los esposos pueden donarse hasta la quinta parte de sus bienes; los extraños pueden donar siguiendo las reglas generales; pero en todo caso, para calcular la inoficiosidad de estas donaciones, puede el esposo donatario escoger la época de la donación, si se hizo inventario, ó la del fallecimiento del donador.

Portugal.—Las donaciones matrimoniales tienen por límite las legítimas. Las de bienes presentes son irrevocables. Las que comprenden el todo ó parte de una herencia, no pueden revocarse disponiendo por título gratuito de los bienes donados. Hechas entre esposos, es condición precisa que el donatario sobreviva al donante. Hechas por terceras personas, sólo se revocan

cuando el donante sobrevive al donatario y á sus descendientes. (Artículos 1167-1170 á 1172 y 1177.)

Francia.—El sistema del Código francés es bastante complicado, y llena los arts. 1082, 1083, 1089, 1084, 1085, 1090 y 1092 á 1094.

Distingue entre las donaciones hechas por los ascendientes, los parientes ó terceras personas, y las hechas entre los desposados.

Los primeros pueden disponer de sus bienes presentes, de los bienes futuros ó de unos y otros (donación universal, institución contractual).

Las donaciones de bienes presentes quedan sometidas á las reglas generales, y ni pueden hacerse en favor de los hijos que han de nacer, ni se presumen hechas en su provecho.

Las de bienes futuros comprenden los que el donante deje á su fallecimiento, y se presumen hechas también en favor de dichos hijos, aunque el donante sobreviva al donatario. Son irrevocables, sin que el donante pueda disponer á título gratuito de los bienes que adquiera, no siendo en cantidades módicas, y como recompensa ó en forma análoga.

En las donaciones de bienes presentes y futuros debe hacerse constar las deudas del donante al tiempo de la donación, pudiendo el donatario, después de la muerte del donador, aceptar los bienes que eran presentes, y renunciar al exceso que pudiera haber.

Si el donante sobrevive al donatario y á su posteridad, caducan las donaciones que comprendan bienes futuros.

En todo caso, las expresadas donaciones son reducibles si perjudican las legítimas.

Los esposos, entre sí, pueden hacerse las donaciones que tuvieren por conveniente, siguiéndose reglas análogas. Sin embargo, en las de bienes presentes no se sobreentiende la condición de sobrevivir el donatario mientras no se exprese; y las de bienes futuros y las universales no son transmisibles á los hijos si muere antes el donatario que el donador.

ARTÍCULO 1332

El donante por razón de matrimonio deberá liberar los bienes donados de las hipotecas y cualesquiera otros gravámenes que pesen sobre ellos, con excepción de los censos y servidumbres, á menos que en las capitulaciones matrimoniales ó en los contratos se hubiese expresado lo contrario.

A. *Precedentes legales.*—No es fácil señalar ninguno en nuestras leyes antiguas.

B. *Comentario.*—Encontramos en el art. 1332 otro precepto excepcional en favor de las donaciones por razón de matrimonio, y una disposición nueva en nuestro derecho, aplicable lo mismo á las donaciones entre los desposados que á las hechas por terceras personas.

Desde luego partimos de la base de tratarse de una disposición no prohibitiva en absoluto, sino supletoria ó susceptible de ser modificada por la voluntad de las partes. La excepción contenida al final del artículo se refiere á todo él, y no tan sólo á la posibilidad de pactarse la redención de los censos ó la extinción de las servidumbres.

Necesario es, además, dar al precepto del art. 1332 más alcance del que á primera vista parece resultar de su texto, si no ha de quedar reducido á un mero consejo ó buen deseo del legislador sin trascendencia alguna. Las donaciones por razón de matrimonio no necesitan ser aceptadas por el donatario. Si, pues, para no cumplir el precepto, fuera suficiente que el donante, al hacerlas en contrato separado al de las capitulaciones, expresara que hacía la donación sin liberar los bienes de las hipotecas ó gravámenes que sobre ellos pesasen, quedaría el cumplimiento de la ley al arbitrio del donante, y para llegar á tal resultado la ley estaría de más.

No es así, sin duda. La ley quiere favorecer al donatario; quiere evitar que los gravámenes que afecten á los bienes hagan

la donación ilusoria ó molesta, y teniendo en cuenta, con relación al donante, que debe poseer bienes libres ó poder liberarlos, y con relación al donatario, que no es necesaria su aceptación, impone al donante el deber de cancelar las hipotecas, ó hacer desaparecer cierta clase de gravámenes de naturaleza análoga. Pero no establece un precepto prohibitivo que deba siempre cumplirse aun contra la voluntad de los interesados, sino sólo un precepto supletorio, que en tanto rige en cuanto expresamente no se halle modificado por esa voluntad. Sea en las capitulaciones matrimoniales, sea en contrato separado, las partes, donante y donatario, por sí mismos ó con intervención de las personas que deben suplir su deficiente personalidad, pueden convenir en que los bienes se donen con las hipotecas ó cargas que les afecten.

No siendo así, el precepto del art. 1332 queda en pie. El donante, antes de donar, ó después de donar, pues en esto la ley no distingue, *debe*, porque así lo consigna dicho artículo, liberar los bienes donados de los gravámenes á que nos hemos referido. Al donatario ó á sus representantes legítimos corresponde exigir el cumplimiento de ese deber, que resulta algo duro con relación á una persona que gratuita y generosamente se desprende de una parte mayor ó menor de sus bienes en obsequio del donatario. Mas precisamente por eso el donatario no exigirá el cumplimiento de tal deber, sino en el caso de que la donación por razón de los gravámenes que afectan á los bienes constituya una carga ó un peligro que desvanezca por completo, ú oscurezca en demasía la importancia del beneficio.

Veamos ahora los gravámenes á que el art. 1332 se refiere.

Distingue éste entre los censos y servidumbres, y las hipotecas ú otros gravámenes que pesen sobre los bienes.

Los censos en sus diferentes especies, y las servidumbres en sus diversas clases, constituyen la excepción. De esa clase de gravámenes no han de librarse los bienes donados, y la razón es, sin duda, la que expone el Sr. Sánchez Román: «En cuanto á los censos, por el tipo moderado en que suele consistir el ca-

non; en cuanto á las servidumbres, porque su extinción no depende ordinariamente de la voluntad del dueño del predio sirviente, ni su existencia impide la libre disposición ó el libre aprovechamiento del dueño, que en este caso sería por la donación el donatario, consideración aplicable también al supuesto de hallarse gravados con censo los bienes en que la donación consistió.»

En sentido contrario, las hipotecas y los gravámenes análogos, como la prenda y la anticresis, llevan consigo una limitación de tal naturaleza, que no sólo puede obligar al pago de intereses crecidos que excedan al producto de los bienes donados, sino que envuelven el peligro de perderlos sin beneficio alguno, y aun tal vez con perjuicio evidente de otros bienes del donatario. Aquí puede apreciarse la transcendencia del precepto. Podrá decirse que en tales casos bastaba renunciar la donación, pero entendiéndose aceptada ésta por el matrimonio, una vez realizada la unión, sólo cabe exigir del donante que libere los bienes, ó en su caso que indemnice los perjuicios que la falta de cumplimiento de su deber pudiera haber ocasionado.

Pero aparte de los censos, servidumbres, hipotecas y cargas análogas á ésta, ¿hay otros gravámenes cuya liberación también exija la ley? Dudosa es la respuesta, y depende del sentido que se dé á la palabra «gravámenes» en el art. 1332.

Si la palabra gravámenes se entiende sinónima de derecho real, aun prescindiendo del dominio, derecho real por excelencia, y concretándose á los que representan una limitación del mismo, tendremos, además de los censos y servidumbres, y de la hipoteca, prenda y anticresis, la posesión, el usufructo, el uso, la habitación, el derecho de superficie, el de retraer y el de arrendamiento, al menos el inscribible. Prescindamos también de la posesión, cuya naturaleza propia sólo resalta al presentarse el verdadero dueño, y del derecho de superficie, que puede equipararse á cierta especie de censos, y es desde luego forma de propiedad dividida, y no de propiedad limitada. Equiparemos, si se quiere, el derecho de retraer al que se tiene sobre una

finca gravada con hipoteca, puesto que en la realidad así ocurre de ordinario, y quitemos aun el derecho de arrendamiento, cuya naturaleza de real no todos admiten.

Después de todas estas eliminaciones y concesiones, tendríamos que el usufructo, el uso y la habitación, no pudiendo comprenderse entre los censos ni entre las servidumbres, puesto que el Código los considera como derechos de otra naturaleza, eran gravámenes que el donante debía hacer desaparecer al donar bienes por razón de matrimonio. Esta exigencia legal resultaría casi imposible, y además innecesaria. Contra la voluntad del usufructuario, por ejemplo, no puede hacerse desaparecer el usufructo, ni envuelve peligro para el donatario la donación de la nuda propiedad, que representa un valor indudable, y lleva consigo la facultad de reincorporarse el usufructo en plazo más ó menos lejano.

Esto nos indica que el art. 1332, al hablar de gravámenes, no usa esta palabra como sinónima de derecho real limitativo del dominio, sobre que, después de todo, el dominio puede recaer lo mismo sobre una finca que sobre un derecho, y el que dona el usufructo ó la nuda propiedad de una finca, ó el derecho de hipoteca sobre ella, ó el dominio directo ó el útil, dona en realidad el dominio sobre el derecho de usufructo ó el de hipoteca, etc., un dominio libre ó sin gravamen respecto á ese derecho, una cosa ó un bien útil, que la ley no tiene razón para exigir que se libere de nada, ni pretende imponer tal exigencia.

La palabra gravamen, en sentido más vulgar, indica carga, sea ó no real, y en tanto exige la ley su liberación en cuanto pueda perjudicar al donatario, haciendo ilusoria ó poco menos que ilusoria la donación, convirtiendo el bien en un mal posible. Un embargo de cualquiera clase, una pensión exhorbitante en relación con el valor de los bienes, una anotación de demanda ó de secuestro, el derecho de retraer con la tenencia de la finca y el gravamen de arrendamiento que revela una verdadera hipoteca, etc., son gravámenes, que deben desaparecer al donar la

cosa ó el derecho á que afectan. Tal es, en nuestra opinión, la verdadera inteligencia del artículo que comentamos.

C. *Códigos extranjeros.*—No conocemos ningún artículo en los Códigos extranjeros que concuerde con el nuestro.

ARTÍCULO 1333

La donación hecha por razón de matrimonio no es revocable sino en los casos siguientes:

1.º Si fuere condicional y la condición no se cumpliere.

2.º Si el matrimonio no llegara á celebrarse.

3.º Si se casaren sin haber obtenido el consentimiento conforme á la regla 2.ª del art. 50, ó, anulado el matrimonio, hubiese mala fe por parte de uno de los cónyuges, conforme al núm. 3.º del art. 73 de este Código.

A. *Precedentes legales.*—La célebre ley del ósculo viene repitiéndose en nuestro derecho desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación.

La ley 5.ª, tít. 2.º, libro 3.º del Fuero Juzgo ordenaba ya la devolución de las arras al esposo ó á sus herederos en caso de no celebrarse el matrimonio; pero si hubiese mediado ósculo, sólo procedía la devolución de la mitad.

La ley 5.ª, tít. 2.º, libro 3.º del Fuero Real amplió esta doctrina. Aun no realizándose el matrimonio, si medió acceso carnal entre los esposos, las arras quedaban en poder del donatario ó sus herederos. No mediando acceso carnal, debía distinguirse: en las arras entregadas por el esposo, si éste hubiese besado á la esposa, sólo podía reclamar la mitad de las arras; en otro caso, todo lo entregado. En las donaciones hechas por la esposa, no verificándose el matrimonio, mediase ó no beso, habían de ser restituídas.

Según la ley 6.ª del mismo título y libro, «si alguna mujer fiziese adulterio e le fuere probado, pierda las arras si el marido

quissiere; é otrosí, si la mujer se fuere de casa de su marido é se partiere dél por razon de fazer adulterio, pierde las arras».

La ley 3.ª del tít. 11, Partida 4.ª, hablando de las donaciones esponsalicias, dice: «E como quier que tal don como este se diesse sin condicion, pero siempre se entiende quel deue tornar aquel que rescibe, si por su culpa finca quel matrimonio non se cumpla. Mas si por auentura acaesciesse que non se cumpliesse, muriendo ante alguno dellos, en tal caso, como éste, há departimiento. Ca si se muriesse el esposo que fizo el don ante que besasse la esposa, deue ser tornada la cosa que fué dada por tal donadío como éste a sus herederos del finado. Mas si la ouiesse besado, non le deue tornar saluo la metad; é la otra metad deue fincar a la esposa; é si acaesciesse que la esposa fiziesse don a su esposo, que es cosa que pocas vegadas auiene, porque son las mujeres naturalmente cobdiciosas é auariciosas. E si muriesse ella ante quel matrimonio fuesse acabado, estonce, en tal caso como este, quier que sean besadas ó non, deue tornar la cosa dada a los herederos de la esposa. E la razon porque se mouieron los sabios antiguos en dar departido juyzio sobre estos donadíos, es ésta; porque la desposada da el beso á su esposo é non se entiende que lo recibe dél. Otrosí, quando recibe el esposo el beso, ha ende plazer, é es alegre, é la esposa finca auergonzada.»

La ley 52 de Toro, trasladada á la Novísima Recopilación, como 3.ª, tít. 3.º del libro 10, repite la doctrina del Fuero Real, si bien en el caso de haber entregado arras y otras donaciones, consumada la unión, la mujer debía escoger entre unas y otras, sin poder exigir ambas clases de donaciones.

En el Proyecto de Código de 1851, las donaciones por razón de matrimonio quedaban sin efecto si el matrimonio no llegaba á celebrarse; pero no habiendo mediado culpa por parte de la desposada, podían ésta ó sus herederos retener la mitad. Ya entonces se hizo constar que tales donaciones no podían revocarse por causa de ingratitud ni por superveniencia de hijos, pero sí en caso de nulidad del matrimonio (arts. 1248 á 1251).

B. *Comentario.*—Las donaciones entre vivos, únicas de que se ocupa el Código especialmente, pueden, en general, revocarse por sobrevenir hijos al donante después de la donación, por ingratitud del donatario y por incumplimiento de condiciones.

Examinadas estas diversas causas, fácil es observar que las dos primeras son verdaderamente especiales en la donación. Ningún otro contrato se revoca por ingratitud del adquirente ni por superveniencia de hijos. La tercera es cosa distinta: si se imponen determinadas condiciones al adquirente y éste no las cumple, en toda clase de contratos se presenta como solución natural, no precisamente la revocación del acto, pero sí su resolución, que viene á ser lo mismo. Esta es la razón que impide que el legislador suprima esta causa de revocación en las donaciones matrimoniales.

Las otras causas especiales para la revocación de esta clase de donaciones, consignadas en el art. 1333, son tan naturales, que, ó debían en todo caso sobreentenderse, ó son una consecuencia necesaria de otras disposiciones del mismo Código.

Sólo pueden revocarse las donaciones por razón de matrimonio por las causas que taxativamente señala el art. 1333. No pueden, pues, revocarse por superveniencia de hijos ni por ingratitud del donatario. ¿Cuál es la razón de este precepto, que vemos repetido con más ó menos extensión en los Códigos extranjeros?

Observemos, ante todo, que el artículo no distingue, que se refiere á las donaciones por razón de matrimonio, ya se verifiquen por un esposo en favor del otro, antes de la unión, ó por un tercero en favor de uno ó de ambos desposados. Esto supuesto, distingamos entre una y otra causa de revocación.

a) Superveniencia de hijos.—Se comprende fácilmente que cuando uno de los futuros cónyuges dona al otro, la superveniencia de hijos no revoque la donación: esos hijos deben proceder del donante y del donatario: la donación se hace precisamente con la esperanza de tenerlos, y hasta sería más lógico que se revocase, no por tener hijos, sino por no quedar sucesión.

Cuando se hacen por los padres ú otros ascendientes, la donación no podría nunca revocarse por tal causa, aunque no hubiese sido hecha en consideración al matrimonio; porque para la aplicación de la doctrina general, es preciso que el donante no tuviese hijos al tiempo de la donación, ó creyese al menos no tenerlos, y este supuesto es inadmisible cuando se dona á un hijo ó descendiente.

Pero si la donación por razón de matrimonio se hace por otras personas, un pariente, ó un extraño, ¿por qué no ha de poder revocarse por sobrevenir después hijos al donante? La verdad es que en este caso no se ve con claridad el motivo del precepto, pudiendo sólo alegarse la causa en cierto modo onerosa que las produce. De aquí que la mayoría de los Códigos que admiten esa causa de revocación en general, sólo excluyen las donaciones matrimoniales hechas á los esposos por uno de ellos ó por sus ascendientes.

Aunque la razón del título oneroso, alegada por Goyena, no nos convence, somos poco partidarios de la revocación de donaciones en ningún caso por superveniencia de hijos, y alabamos la excepción. Además, las donaciones hechas á los esposos por parientes más ó menos lejanos ó personas extrañas, suelen consistir en simples regalos de determinados objetos, y su escasa importancia y la poca frecuencia de que alcancen mayores proporciones, no valía la pena de que el legislador las excluyese de la regla sentada en materia de donaciones por razón de matrimonio.

Cuando se trata de donaciones entre los desposados, puede ocurrir que el donante no tenga hijos en el matrimonio que las motiva, y los tenga después en otro matrimonio posterior: ¿podrá en tal caso revocar la donación? Desde luego, no: las donaciones por razón de matrimonio sólo pueden revocarse en los casos marcados taxativamente en el art. 1333, y no estando comprendido entre ellos el que motiva la duda, es evidente que nunca puede fundarse la revocación en la superveniencia de hijos.

b) Ingratitud del donatario.—La regla es también general y abraza las donaciones hechas por los mismos esposos ó por un tercero. No pueden revocarse por causa de ingratitud.

Cuando la donación se hace por un esposo al otro, son varios los Códigos que admiten la revocación por ingratitud. Si esta causa puede ser atendible cuando se dona á un extraño, con mayor motivo debe serlo cuando el ingrato es el mismo esposo donatario. Nuestros legisladores no desconocen la fuerza de este argumento, pero no han creído necesario conservar en tales donaciones la revocación por ingratitud: primero, porque si los esposos continúan haciendo vida común, debe presumirse que perdonan ú olvidan esa ingratitud, y si promueven el divorcio y éste se decreta, el cónyuge culpable pierde, con arreglo al número 3.º del art. 73, todo lo que le hubiese sido dado ó prometido por el inocente, y, por tanto, la donación; y segundo, porque no conviene facilitar disensiones ni represalias en el matrimonio. Atendiendo al fondo de la cuestión, fácil es notar que no es que las donaciones hechas por un esposo al otro hayan de subsistir siempre, aunque medien hechos que revelen ingratitud, sino que existen causas especiales para apreciarla, y esas causas son las que motivan el divorcio, á condición de que el donante, siendo inocente, quiera hacerlas valer.

En cuanto á las donaciones hechas á los esposos por sus ascendientes ú otras personas, existe una razón que la mayoría de los Códigos tienen en cuenta. Tales donaciones, aunque se hagan directamente en favor de uno solo de los desposados, al otorgarse en consideración al matrimonio, puede decirse que se hacen en favor de ambos esposos y de sus hijos. Contribuyen á formar el patrimonio de la sociedad conyugal que se crea, y tal vez sin ellas el matrimonio no se realizaría. Se comprende, por lo tanto, que la ingratitud de uno de los esposos, y aun de ambos, no motive la revocación. Además, el cónyuge culpable pierde en caso de divorcio cuanto le hubiera sido dado ó prometido por los ascendientes del cónyuge inocente ú otras personas en consideración á este último.

Otros Códigos exigen que ambos esposos incurran en causa de ingratitud. No quedando hijos de su matrimonio, la solución sería justa.

Examinemos ahora las causas especiales de revocación de donaciones matrimoniales, consignadas en el art. 1333.

Primera. Si la donación fuere condicional, y la condición no se cumpliere.—La generalidad de expresión de este primer número del artículo, obliga á interpretarle ampliamente, por más que en cierto sentido la doctrina de ese número sería siempre aplicable, aunque nada dijese la ley en este lugar. En efecto: por falta de cumplimiento de condiciones suspensivas que afecten á toda donación, la obligación no nace, no llega á tener existencia.

Así es que, aunque el art. 1333 habla de donación condicional, su propia esfera de acción es distinta, y se relaciona de un modo directo é indudable con el art. 647, según el cual, la donación en general será revocada á instancia del donante cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso. En este mismo sentido deben entenderse las frases «donación condicional», y «si no se cumpliese la condición», del art. 1333, puesto que se trata de revocación de donaciones, y la revocación supone la anterior existencia ó efectividad del acto que se revoca.

El donante, por ejemplo, impone al donatario la condición de comprar con el metálico donado, una casa para que viva el matrimonio. El donatario no cumple esta condición é invierte la suma en un objeto distinto. No hay propiamente donación condicional en el sentido de depender su nacimiento de la realización de un hecho futuro é incierto, porque el cumplimiento de la condición depende de la voluntad del donatario, lo que es opuesto al art. 1115, así es que la donación surte efecto desde luego, no se liga el nacimiento de la obligación con el cumplimiento de la condición impuesta, ni por otra parte ese cumplimiento determina la extinción de aquella obligación, sino al contrario, y sin embargo, el donante puede revocar la donación si la condición impuesta no se cumple.

El precepto está fundado en la razón. El donante, como dueño de los bienes que dona, al desprenderse de ellos puede imponer al donatario las condiciones ó limitaciones que tenga por conveniente. Dona con determinado fin, por lo que si ese fin no se cumple por el donatario, á pesar de depender de su voluntad, el donante puede, si quiere, revocar la donación.

En cuanto á los efectos que produce esta causa de revocación, nos referimos al comentario del art. 647, pues cuanto aquí dijéramos constituiría una repetición innecesaria.

Segunda. Si el matrimonio no llegare á celebrarse.—Esta causa de revocación viene á ser un aspecto especial de la anterior. En las donaciones por razón de matrimonio, la causa es precisamente el matrimonio; si, pues, éste no se realiza, la donación, falta de razón, de base ó de causa, cae por tierra. El matrimonio viene á ser una condición impuesta al donatario, condición que no se cumple cuando el donatario no llega á contraerlo. Sin embargo, esta condición va sobreentendida en el contrato, es una condición tácita legal, mientras que las condiciones á que se refiere el núm. 1.º del art. 1333 han de ser expresas, han de constar determinadamente en el acto de la donación, por la voluntad clara y manifiesta del donante.

El art. 1333 en esta parte repite el precepto del 1326, á cuyo comentario nos remitimos. No huelga, sin embargo, el precepto, porque no es de esencia, para que exista una donación por razón de matrimonio, el que conste hecha en capitulaciones matrimoniales.

Lo natural es que las donaciones que nos ocupan, se otorguen en consideración á un matrimonio determinado, y así ha de entenderse siempre cuando se hagan constar en las respectivas capitulaciones. Por tanto, procede la revocación cuando ese matrimonio no llega á celebrarse, aunque contraiga otro distinto poco después el donatario. Sin embargo, si la donación se llevase á efecto en contrato aparte ó separado de las capitulaciones, y en ese contrato constase, ó de él se dedujese claramente, que se hacía sin relación á un determinado matrimonio, sino

para cualquiera, siempre que lo celebrase el donatario, sólo podría revocarse la donación por no llegar á casarse el interesado.

La no celebración del matrimonio, no anula *ipso jure* la donación: sólo produce su revocación posible. La acción en su caso, esto es, si el donante quiere revocar, y el donatario voluntariamente no se presta á ello, corresponde al donante ó sus herederos contra el donatario ó los suyos, y tiene por objeto que la donación quede sin efecto y vuelvan los bienes donados al poder del donador.

Tratándose del ejercicio de una acción resolutoria, su duración debe ser la de cuatro años. ¿Desde cuándo se cuenta este plazo? Es lo natural que las donaciones se realicen poco antes de celebrarse el matrimonio, una vez concertadas las bodas. Si el matrimonio no se verifica por cualquier causa, muerte de alguno de los futuros esposos, incapacidad, ausencia ignorada, ruptura de relaciones, etc., desde estos hechos, ó sea desde que puede ejercitarse la acción, ha de computarse el término.

En cuanto á los efectos de la revocación, creemos aplicable la doctrina de los artículos 1123 y 1303 y siguientes, con las limitaciones procedentes con arreglo á la ley Hipotecaria, artículos 36 al 38. El donatario conoce la condición implícita en estas donaciones, y sabe, por tanto, que no es dueño absoluto ó sin limitación de los bienes donados hasta que celebre el matrimonio, por lo que las enajenaciones que realice y los gravámenes que imponga sobre esos bienes deben llevar consigo la condición resolutoria que les afecta. Ahora bien: si el tercer adquirente inscribe puramente su derecho en el Registro, sin constar en éste explícitamente la condición, como exige el art. 36 de la ley Hipotecaria, sufrirá el donante el perjuicio consiguiente á esos actos si no puede obtener del donatario la debida indemnización.

Suscitase entre los escritores franceses la cuestión de si la muerte ó incapacidad del donante, posterior á la donación, pero anterior al matrimonio, dejará sin efecto la donación. La razón de esta duda es que no exigiéndose de momento la aceptación del donatario, y presumiéndose aceptada por el hecho del casa-

miento, éste llega demasiado tarde para operar la unión de voluntades, debiendo seguirse las reglas generales que exigen que el donante antes de morir conozca la aceptación del donatario. Pero esta solución equivaldría á admitir una nueva causa de revocación en las donaciones por razón de matrimonio. Desde el momento en que la ley no exige para la validez de esta clase de donaciones la aceptación del donatario, es claro que no hace falta que el donante conozca dicha aceptación. La donación existe desde luego válida, aunque sujeta á la condición resolutoria legal de que el matrimonio se verifique. Si, pues, se verifica, sea ó no en vida del donante, la condición se cumple y la donación es eficaz. Según las reglas generales de las donaciones entre vivos, el donante puede revocar la donación mientras no esté aceptada; mas en las donaciones por razón de matrimonio no ocurre así: el donante no puede ya revocar, á no sobrevenir una de las causas señaladas en el art. 1333. Como dice Chabot, si la voluntad expresa del donante en el intervalo que media desde el contrato al matrimonio, no es bastante para dejar sin efecto la donación; su muerte no puede producir ese resultado.

Tercera. Si el matrimonio se realiza sin haber obtenido el consentimiento, conforme á la regla 2.ª del art. 50.—Las últimas palabras de este número del artículo que comentamos, al referirse al art. 50, y fundarse precisamente en él y en su núm. 2.º, como si se tratase de una simple aplicación de aquel precepto, no pueden menos de confundir y suscitar dudas, que sin esa referencia no existirían.

Con arreglo á dicho número del art. 50, ninguno de los *cónyuges* puede recibir del otro cosa alguna por donación ni testamento; y como al hablarse de cónyuges se trata de personas ya casadas, no se observa á primera vista la relación que pueda tener esta cuestión con la de la revocación de donaciones hechas forzosamente antes de que el matrimonio se celebre.

Se trata evidentemente en el art. 50 de un matrimonio ya celebrado á pesar de la prohibición del art. 45, de un matrimonio en el que no ha mediado el consentimiento de las personas

que deben prestarlo, ó para el que no se ha solicitado el consejo debido, y se detallan los efectos que ese matrimonio produce, entre los cuales no se halla el de perder los casados las donaciones que se les hubiesen hecho antes de casarse. Respecto á las que los cónyuges puedan hacerse después entre sí, no se trata en dicho artículo de revocación, sino de nulidad.

Es cierto que en la sección que examinamos se trata también de las donaciones entre cónyuges, pero de esta materia se ocupan especialmente los arts. 1334 y 1335, y todos los demás se refieren á las verdaderas donaciones por razón de matrimonio. Esta razón, y el tratarse en el art. 1333, no de donaciones nulas, sino de donaciones revocables, nos obligan á no limitar el precepto á las donaciones entre cónyuges, que, después de todo, están por regla general prohibidas. El legislador entiende sin duda que la prohibición contenida en el núm. 2.º del art. 50, alcanza también á las donaciones por razón de matrimonio entre desposados, y que, si se hubiesen hecho, pueden revocarse.

Pero ¿no es más que ese el alcance del precepto? A diferencia de los demás números, ¿se referirá éste solamente á las donaciones entre los desposados y no á las que procedan de otras personas? ¿Procede la revocación del mismo modo por falta de consentimiento que por falta de consejo? La pena que se impone, ¿alcanzará por igual al culpable y al inocente?

Examinaremos brevemente estas cuestiones por su orden.

La necesidad de dar sentido á la ley nos ha obligado á considerarla aplicable á los desposados entre sí; pero tratándose de una materia cuya interpretación debe ser estricta, no podemos darle más alcance. Si la revocación ha de proceder *conforme* á la regla 2.ª del art. 50, de ella no puede deducirse que los esposos deban perder las donaciones que les hubiesen hecho sus ascendientes ú otras personas por razón de matrimonio, porque sería imponerles una pena que la ley no consigna expresamente, ni en el art. 50, ni en el 1333, dada su referencia á aquél. Por otra parte, con relación al cónyuge que se casa sin haber obtenido el consentimiento debido, no es natural que medien dona-

ciones de sus ascendientes, por lo que no habrá necesidad de revocarlas, y con relación al otro cónyuge, si median, no ha de ser con ánimo de dejarlas sin efecto después. Mas sea de ello lo que quiera, entendemos que según dicha disposición no procede la revocación de más donaciones que las que se hagan los desposados entre sí.

El art. 50 habla de matrimonios celebrados contra las prohibiciones del art. 45, una de las cuales es la de casarse sin haber solicitado el *consejo* necesario. El art. 1333, sin embargo, declara sólo procedente la revocación cuando el matrimonio se realiza sin haber obtenido el consentimiento. La interpretación, como hemos dicho, debe ser en esta materia restrictiva, lo cual no permite extender la pena más allá del límite marcado expresamente por el legislador. La falta de solicitud de consejo para el matrimonio, tiene su sanción en el art. 50, en el que equivale á la falta de consentimiento; pero no creemos deber invocar la razón de analogía, ni el espíritu del precepto, ni la intención del legislador, cuando la letra del art. 1333 sólo se refiere expresamente al consentimiento.

La última de las cuestiones propuestas es fácil de resolver. Ninguno de los casados puede llamarse con propiedad inocente cuando alguno de ellos no obtiene para el matrimonio el consentimiento de sus padres ó de las personas que deben prestarlo, y aun dada la razón del precepto, merece más á veces la pena de la revocación el cónyuge que por interés contrae el matrimonio con quien no ha obtenido la debida licencia. Por eso la ley, sin distinción, permite la revocación á uno ú otro de los esposos, como prohibe á ambos en el art. 50 hacerse donaciones ó dejarse algo por testamento.

Existe, pues, al menos entre los cónyuges, el derecho de revocar las donaciones que hubieran podido hacerse con motivo del matrimonio que se celebró sin el debido consentimiento. La acción que de este derecho se deduce, claro es que corresponde en primer término al donante; mas éste no es natural que la ejercite. ¿Podrán entablarla otras personas? No hay que hablar

de los acreedores, porque éstos, si son perjudicados por la donación, tienen acción para rescindirla lo mismo en el caso de poder revocarse que en el de ser irrevocable. La cuestión queda, pues, reducida á los herederos del donante, y con relación á éstos, á si podrán ejercitar esa acción hasta cuatro años después de morir el donador, ó sólo hasta cuatro años después de celebrado el matrimonio ilegal en que la revocación se funda.

Aunque parezca notarse evidente analogía entre esta cuestión y la de la nulidad de donaciones entre cónyuges, con arreglo al núm. 2.º del art. 50, y al 1334, es necesario fijarse en que en el 1333 se trata de donaciones hechas válidamente que pueden revocarse, y en los otros citados, de donaciones nulas desde su nacimiento. Esto nos obliga á aplicar en el caso de que nos ocupamos, la doctrina general sobre anulación de contratos y condiciones resolutorias, por la analogía que existe entre las acciones de nulidad y las acciones resolutorias. Desde el momento en que la ley, sin declarar el acto nulo *ipso jure*, permite al donante la revocación, el ejercicio de su derecho por parte de éste, ó de sus herederos en su caso, tiene que tener un límite, nunca mayor que el concedido en general para el ejercicio de las acciones de nulidad y rescisorias.

Cuarta. Cuando anulado el matrimonio hubiese mala fe por parte de uno de los cónyuges, conforme al núm. 3.º del art. 73.—El art. 73 del Código se refiere á los efectos del divorcio, no á los de la nulidad del matrimonio expresados en los arts. 69 al 72. Pero á pesar de esto, el precepto del art. 1333 es en esta parte claro y terminante. La ley quiere que entre los efectos de la nulidad respecto á los bienes, se cuente el consignado para el divorcio en el núm. 3.º del art. 73, según el cual el cónyuge culpable debe perder todo lo que le hubiere sido dado ó prometido por el inocente ó por otra persona en consideración á éste, y el inocente debe conservar todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo además reclamar cuanto éste le hubiese prometido.

Aquí la razón de la ley es también clara, guarda evidente

analogía con el precepto del núm. 2.º del mismo art. 1333, y está en relación con el fin de las donaciones hechas por razón de matrimonio. Si el matrimonio no se celebra, falta la causa de la donación, porque no existe el motivo que impulsó al donante; si el matrimonio se declara nulo, la consecuencia es la misma, porque el matrimonio no existe legalmente, es lo mismo que si no se hubiese celebrado.

Pero las consecuencias de esta regla resultarían injustas al aplicarse al cónyuge inocente y á su inocente posteridad. Y de aquí los preceptos de los arts. 69 al 72 y 1333. El matrimonio surte efectos civiles, respecto á las personas y á los bienes, sólo con relación al cónyuge inocente; no los produce con relación al cónyuge culpable. Por esto, el número 3.º del art. 1333, en su segunda parte, sólo es aplicable á las donaciones que se hubiesen hecho al cónyuge culpable por el inocente ó por otras personas en consideración á éste. O lo que es lo mismo: á pesar de la nulidad del matrimonio, no pueden revocarse las donaciones matrimoniales hechas por cualquier persona en favor del cónyuge inocente.

La acción, como todas las que tienen por objeto anular un acto ó dejarle sin efecto, aunque se hubiese celebrado válidamente, debe durar cuatro años, contados desde que el matrimonio se declare nulo; corresponde al donante, sea el cónyuge inocente ú otra persona, y á sus herederos, y sus efectos serán los que en general determinan los arts. 1303 y siguientes.

***

Terminado el estudio de cada uno de los casos comprendidos en el art. 1333, debemos ocuparnos de una cuestión de relativa importancia relacionada con el mismo, y sin cuya solución no puede estimarse completo el comentario. ¿Se refiere dicho artículo á las donaciones *mortis causa*, ó que producen efecto por la muerte del donante, ó sólo á las donaciones entre vivos?

La circunstancia de hablar toda la sección, y, por tanto, el art. 1333, de donaciones, sin distinguir entre las de una y otra

clase, hace que los autores que hemos podido consultar le consideren aplicable por igual á las donaciones entre vivos y *mortis causa*.

Uno de los autores aludidos dice: «Siendo especial y taxativo para las donaciones por razón de matrimonio, el *criterio legal de revocación* establecido por el art. 1333, no les es aplicable la doctrina general de donación que establece el art. 620, en su relación con el 737, respecto de la *revocabilidad* de las donaciones hechas para después de la muerte del donante, cuando éstas sean las que tengan por causa el matrimonio, aunque fueran de la clase de *mortis causa*.»

Otro autor, después de citar á Ferreira y Goyena, cuya opinión se fundaba en Códigos de doctrinas diferentes al nuestro, concluye afirmando que las donaciones *mortis causa* por razón de matrimonio, se rigen por lo dispuesto en este capítulo, y, según él, no son revocables más que en los casos que enumera el artículo 1333.

Sentimos separarnos de la opinión de estos escritores. Nuestro criterio respecto á las donaciones *mortis causa* quedó marcado perfectamente en el comentario del art. 620. La disposición del art. 620, decíamos en resumen, significa: 1.°, que han desaparecido las llamadas antes donaciones *mortis causa*, por lo que el Código no se ocupa de ellas determinadamente; 2.°, que los artículos 622 al 656 y cuantos hablan en el Código de donaciones, se refieren á las que producen sus efectos *entre vivos*, como dice el art. 621, ó durante la vida del donante; 3.°, que para disponer de los bienes para después de la muerte, aunque se hable de donaciones, la forma es el testamento, la capacidad para disponer y adquirir, los efectos de la disposición, todo, ha de regirse por las reglas de la sucesión testamentaria.

Persistimos en nuestro criterio. Los arts. 1327 al 1335 se refieren sólo, como los 622 al 656, á las donaciones entre vivos, únicas que propiamente merecen hoy ese nombre; las donaciones por razón de matrimonio son una rama de dichas donaciones. El art. 1328, al declarar aplicables, en general, las reglas

establecidas en el Código para las únicas donaciones de que se ocupa, así lo indica claramente. El 1329, al exigir ciertas formalidades, y eso como un favor, á los menores para poder donar, siendo así que para testar no las necesitan, demuestra lo mismo. El 1330, al no exigir la aceptación, prueba nuestro criterio, é igual el 1332. Por último, los arts. 1334 y 1335 así lo justifican, porque la ley puede impedir donaciones entre los cónyuges cuando produzcan efectos en vida del donante; mas ¿cómo va á prohibirlas cuando produzcan efectos por su muerte, si no prohibe que puedan hacerse legados, y aun instituirse herederos, con tal que se respeten las legítimas?

Cuando los arts. 1315 y 1331 hablan de bienes futuros, no pretenden tampoco referirse á esas llamadas antes donaciones *mortis causa*, que hoy, confundidas con los legados, no tienen ya razón de ser. Para esas mal llamadas donaciones, es indiferente que los bienes sean presentes ó futuros, y después del precepto claro y terminante del art. 620, alterar su regla, prescindir de ella en absoluto, requeriría otro precepto igualmente claro, que de un modo expreso dijese lo contrario: precepto que no encontramos en todo este capítulo.

Pero aun prescindiendo de todo, ¿qué significa eso de donaciones *mortis causa*, sólo revocables en los casos taxativamente marcados en el art. 1333, ó sea irrevocable por regla general? Si el Código sólo distingue las donaciones, según que produzcan ó no efectos en vida del donante, para afirmar la verdadera naturaleza de disposiciones testamentarias, á las que en vida no producen efectos, ¿no es un contrasentido hablar de donaciones *mórtis causa* irrevocables? ¿Es esto posible? ¿Cabe mayor efecto de la donación durante la vida del donante que ligar la voluntad de éste de tal modo, que no pueda revocarla, y asignar al donatario un derecho fijo, seguro, irrevocable sobre los bienes en que consistió la donación? No; los arts. 620 y 621 lo que en realidad separan son los actos de disposición de bienes á título gratuito, revocables, de los irrevocables, porque al poder revocarse una donación al arbitrio del donante, se salva la línea

divisoria que separa á las donaciones de los testamentos, y no hay razón para que queden sometidas á reglas diferentes.

Lo que hay es que el donante puede disponer de sus bienes irrevocablemente por donación, fijando como plazo ó como condición para que se ejecute el día de su muerte, como también expusimos en el comentario de los arts. 620 y 621, y esas donaciones, ya se refieran á bienes presentes ó futuros, como donaciones entre vivos, están sometidas á las reglas de los artículos 1329 al 1333, y, en su defecto, á las de los 622 al 656.

Pero, se dirá: ¿es que no pueden hacerse donaciones *mortis causa*, llamémoslas así, por razón de matrimonio? Distingamos: si esas donaciones se consideran irrevocables, no merecen el calificativo que se les asigna, y dicho está que no se excluyen en los artículos citados; si son, como deben ser, revocables al arbitrio del donante, la ley no prohibe tampoco hacerlas, pero han de seguirse en todo las reglas de la sucesión testamentaria, porque el Código, después de dictar el art. 620, no cree necesario volver á ocuparse de tales donaciones, ni pretende en parte alguna, aunque aluda á ellas, cambiar su naturaleza de verdaderos legados, introduciendo innecesarias excepciones.

Esto resuelve otra cuestión propuesta por Navarro Amandi: el hecho de sobrevivir el donante al donatario no puede influir en las donaciones verdaderas ó entre vivos; en las antes llamadas *mortis causa* hay que tener presente la regla de que el heredero voluntario que muere antes que el testador, nada adquiere y nada transmite á sus herederos.

C. *Códigos extranjeros.*—En resumen, podemos hacer constar lo siguiente:

Del núm. 1.° del art. 1333 no encontramos concordante.

Tampoco se refiere ninguno de los Códigos que hemos examinado á la revocación por falta de consentimiento para el matrimonio.

En armonía con el precepto del núm. 2.°, pueden citarse los artículos 1088 del Código de Francia, 1168 del de Portugal, último párrafo del 1789 del de Chile, 2241 del de Méjico, 1140 del

de Guatemala, 1068 del de Italia y 1047 del de Venezuela.

Con relación al núm. 3.º, en cuanto habla de nulidad del matrimonio, los artículos citados de los Códigos de Italia y Venezuela, que dejan expresamente á salvo el derecho de los terceros adquirentes sobre los bienes enajenados comprendidos en la donación, el 1790 del de Chile, y los 2242 al 2244 del de Méjico, que declaran deben pasar á los hijos las donaciones que se hicieron al cónyuge culpable.

Expresamente declaran no revocables las donaciones matrimoniales por causa de ingratitud, ni por superveniencia de hijos, los arts. 959 y 960 del Código de Francia, 1169 del de Portugal, 1087 del de Italia, 1060 del de Venezuela, 2238 y 2239 del de Méjico, y otros. En Chile, la superveniencia de hijos no produce, en general, la revocación de donaciones; en cambio, la ingratitud las revoca siempre.

Sobre necesidad de que el donatario ó sus hijos sobrevivan al donante para ser eficaz la donación, véase lo expuesto en nuestro art. 1331, con relación á Francia y Portugal. Holanda acepta la doctrina de este último. El de Chile, art. 1792, dice: «Si por el hecho de uno de los cónyuges se disuelve el matrimonio antes de consumarse, podrán revocarse las donaciones por causa de matrimonio.»

ARTÍCULO 1334

Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio.

No se incluyen en esta regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia.

A. *Precedentes legales.*—La ley 6.ª, tít. 2.º, libro 3.º del Fuero Juzgo permitía constituir arras antes ó después de celebrado el matrimonio, si bien no podían exceder de la cuarta parte de los bienes del donante, si se hacían dentro del primer año de realizada la unión; después, podían los cónyuges donarse libremente.

Aceptando la doctrina romana, decía la ley 4.ª, tít. 11, Partida 4.ª: «Durante el matrimonio fazen a las vegadas donaciones el marido a la muger, o ella al marido, non por razon de casamiento, mas por amor que han de consuno vno con otro. E tales donaciones, como estas, son defendidas, que las non fagan, porque non se engañen despojandose el vno al otro por amor que han de consuno; e porque el que fuesse escaso seria de mejor condicion que el que es franco en dar. E por ende, si las fizieren, despues que el matrimonio es acabado, non deuen valer si el vno se fiziere por ello más rico é el otro más pobre; fueras ende si aquel que fiziesse tal donacion nunca la reuocasse, nin la desfiziesse en su vida; cá entonces fincaria valedera. Mas si reuocasse la donacion en su vida el que la fiziesse, diziendo señaladamente: tal donacion como ésta que fizo a mi muger, no quiero que valga, o si callasse non diziendo nada, e la diesse despues a otro, o la vendiesse, o si muriesse aquel que rescibiera la donacion ante de aquel que la fizo, desatarse y a por qualquier de estas razones la donacion primera.»

De esta ley y de las 5.ª y 6.ª del mismo título y Partida, deducían los autores que las donaciones entre cónyuges estaban permitidas en los casos siguientes:

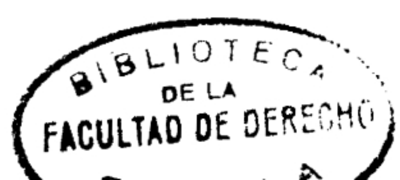
1.º Cuando por virtud de ellas, aunque el donante se empobreciese, no se enriqueciese el donatario, citando como ejemplo el caso de que el marido construyera un panteón para cuando falleciese su mujer.

2.º Cuando el donatario se enriquece sin empobrecerse el donante: renuncia, por ejemplo, por uno de los cónyuges de una herencia, legado ó donación que hubiera de recaer por su renuncia en el otro.

3.º Las donaciones de escasa importancia, como regalos módicos en días determinados.

4.º Las donaciones cuyo móvil es la piedad, hechas para la reedificación de una iglesia, fundación de un hospital, etc.

5.º Las que sólo sirven para dar honor á los cónyuges, como costear un título, obtener una gran cruz, etc.



6.º Las donaciones *mortis causa*.

7.º En general, todas las prohibidas, cuando por no ser revocadas por el donante durante su vida, debían entenderse equiparadas á las hechas por causa de muerte.

Los proyectos de 1851 y 1882 contenían igual doctrina que el 1334 actual.

B) *Comentario*.—El art. 1334 se ocupa de una materia relacionada con las capitulaciones matrimoniales y con las donaciones por razón de matrimonio, pero desde luego distinta. Ya no se trata de donaciones hechas á los desposados antes de la celebración del matrimonio y en consideración al mismo, sino de donaciones hechas entre los cónyuges después de realizada la unión.

El Código se muestra severo respecto á esta clase de donaciones, declarándolas nulas y sin admitir más excepción que la natural en el caso de tratarse de regalos módicos en ocasiones de regocijo para la familia.

Las donaciones entre cónyuges fueron prohibidas en el derecho romano, atendiendo en principio á la unidad de persona durante el matrimonio, y después á razones menos formalistas y más atendibles, como la ceguedad de la pasión, la avaricia de los esposos y la facilidad del divorcio. Era además necesario evitar que con donaciones simuladas entre los cónyuges se perjudicasen los intereses de terceros.

Los principales motivos de la prohibición deben verse en la especial situación creada entre los cónyuges por el matrimonio, en su relación íntima y constante, que deja al más débil entregado á la voluntad del más fuerte, cualquiera que sea su sexo, obligándole, ya con halagos y abusando de su cariño, ya con amenazas, por miedo ó por fuerza, á ceder una parte mayor ó menor de sus bienes, consumándose un despojo inicuo y favoreciendo los impulsos de las malas pasiones y los matrimonios celebrados con el solo estímulo del interés. La ley teme la falta de libertad en cualquiera de los cónyuges, quiere impedir que el uno se enriquezca á expensas de la fortuna del otro, que la

facilidad de donar conduzca á una insolvencia real ó falsa en perjuicio de terceros, defraudando los intereses de acreedores legítimos, y cree deber intervenir prohibiendo entre los cónyuges durante el matrimonio toda donación, y aun por temor de que se disfrace la donación, prohibiendo también, como veremos en el art. 1458, la compraventa entre los mismos, acto poco natural, á menos de aceptarse el sistema de separación de patrimonios que le hace explicable.

Pero el rigor de la prohibición fué templándose poco á poco. Los cónyuges podían desde luego instituirse herederos, sin perjuicio en su caso de las legítimas, y hacerse legados y donaciones *mortis causa,* puesto que estos actos podían ser revocados en cualquier tiempo y no surtían efecto hasta después de disuelto el matrimonio por muerte del donante. Hecha ilegalmente una donación intervivos por un cónyuge al otro, el donante la confirmaba en su testamento, con lo cual se consideraba eficaz, y estimándose más tarde que aun esa confirmación era innecesaria, se publicó en tiempo de Antonino Caracalla un senadoconsulto estableciendo que tales donaciones surtiesen efecto por el solo hecho de morir el donante sin revocarlas. Esta muerte equivalía á la confirmación con efectos retroactivos.

Creyóse también que en tanto no resultase verdadero enriquecimiento para el donatario, no había razón para impedir las donaciones entre cónyuges, y poco á poco fueron admitiéndose con más ó menos fundamento las diversas excepciones de que nos hemos ocupado en los Precedentes legales, que en su mayor parte se apoyaban en el derecho romano y en las leyes de Partida.

De la misma doctrina romana se deriva el sistema vigente sobre la materia en Francia y Portugal con arreglo á sus Códigos. Los esposos, durante el matrimonio, pueden hacerse cuantas donaciones quieran, pero conservan la facultad de revocarlas durante su vida, con cuyo sistema se crea una institución anómala, cuya forma es la de los actos entre vivos, cuya naturaleza revocable les da el carácter de disposición por causa de

muerte, y cuyos efectos arrancan del fallecimiento del donante, pero retrotrayéndose á la fecha de la donación.

Nuestro Código no ha creído conveniente aceptar este sistema, y por eso de un modo terminante declara nula toda donación entre cónyuges durante el matrimonio.

¿Cuál es el alcance del precepto? ¿Están también prohibidas las donaciones por causa de muerte? Esta pregunta equivale á esta otra: ¿pueden los cónyuges durante el matrimonio otorgar testamento instituyéndose herederos ó haciéndose legados de más ó menos importancia?

Desde el momento en que, con arreglo al art. 620, las donaciones que sólo producen efecto por muerte del donante, se rigen en todo por las reglas de la sucesión testamentaria, es claro que la forma de hacerlas es el testamento, la capacidad para hacerlas y recibirlas es la establecida en dicha sucesión, y sus efectos son en todo idénticos. El art. 1334, como todos los anteriores, habla de donaciones entre vivos, de donaciones propiamente dichas, y esas, si se hiciesen, son nulas; pero no prohibe, ni puede prohibir, porque la prohibición constituiría una gran injusticia, que para después de la muerte, uno de los cónyuges premie el amor, el desinterés, la ayuda eficaz y los sacrificios del otro, con una manda, ó si se quiere, donación *mortis causa,* de más ó menos importancia, y aun con toda su herencia si así fuere posible por no quedar personas con derecho á legítima. Ni vemos posible otra solución, ni creemos que ningún legislador, á pretexto de prohibir las donaciones entre cónyuges, se atreva á adoptar un sistema más radical, equivalente á castigar al viudo por el hecho solo de haberse casado, con la pena de incapacidad relativa para suceder á su difunto consorte.

A esta solución no se opone, como veremos en su lugar, el precepto del art. 1373, según el cual debe también restituirse la parte del crédito dotal que consista en las donaciones matrimoniales hechas legalmente para después de su muerte por el esposo á la esposa.

Con relación, pues, á las donaciones entre vivos, el Código sólo establece una excepción: los regalos módicos en ocasiones de regocijo para la familia. Estos regalos son naturales entre los cónyuges, ya en el día del santo de uno de los esposos, ó de su cumpleaños, ó en el aniversario de la boda, ó con motivo de alguna buena adquisición ú obtención de empleos ú honores, ó en determinadas fiestas locales, etc., y ni hubiese sido justo prohibirlas, ni podrían evitarse. Pero, á pretexto de ellas, no cabe exagerar su importancia, y por eso el art. 1334, al mismo tiempo que permite esos regalos, exige que sean módicos.

Módico es un regalo moderado, limitado, escaso, siempre en relación á la posición de la familia, á la costumbre y á la fortuna del donante. En caso de duda, toca apreciar á los Tribunales si es ó no excesiva la donación.

Dado el poco alcance de la excepción, no tiene importancia alguna la cuestión relativa á las reglas á que deben sujetarse estas donaciones.

Las demás excepciones consignadas por los autores como deducidas de nuestro antiguo derecho, en cuanto constituyan verdaderas donaciones entre vivos hechas por uno de los cónyuges al otro durante el matrimonio, no son hoy admisibles. Cabe, es claro, la inversión de fondos de la sociedad ó privativos de uno de los esposos en la construcción de un panteón, ó en donativos piadosos ó benéficos, pero nunca á título de donación entre cónyuges. No es posible admitir una renuncia ó una condonación, que equivale á una donación verdadera, ni ninguna otra liberalidad, produzca ó no enriquecimiento directo ó simple honor para el donatario, á no poder comprenderse entre los regalos módicos permitidos en el artículo que estamos comentando.

Las donaciones entre cónyuges son, pues, nulas por regla general. Quiere esto decir que legalmente no existen. No se trata, en nuestra opinión, de un acto anulable á voluntad del donante, sino de un acto inexistente, porque declararlo anulable equivaldría á dejar el cumplimiento de la ley á merced de

la voluntad de los mismos cónyuges que la quebrantasen, quedando válidas las donaciones prohibidas por el no ejercicio de la acción durante cuatro años, lo cual es un absurdo. Inocente sería otra solución, porque no es natural que el mismo donante cuya situación en el matrimonio continúa siendo igual, tenga voluntad bastante para pretender anular su donación, cuando no la tuvo para no condescender á ella, medio menos violento desde luego. Y si se desecha el sistema francés, porque, en suma, transige con las donaciones entre cónyuges, sería transigir aun más y hacerlas más fáciles, dar al donante, en vez de una facultad de revocarlas durante su vida, una simple acción de nulidad durante cuatro años.

El acto es inexistente, y por eso su inexistencia puede reclamarse en cualquier tiempo por el donante ó por sus herederos, ó por cualquier persona perjudicada, ya por vía de acción ó de excepción. Sólo así puede tener eficaz sanción, dentro de lo posible, el precepto legal.

¿Pueden los interesados modificar por su voluntad ese precepto? En las capitulaciones matrimoniales, ¿cabe pactar que los cónyuges podrán hacerse durante el matrimonio las donaciones que crean conveniente? En el comentario de los artículos 1316 y 1317 dejamos esta cuestión para este lugar, y forzoso es resolverla.

Dado el espíritu marcadamente prohibitivo de la ley, y la razón en que hemos dicho se inspira, es evidente que los interesados no pueden bajo ningún pretexto dejar de cumplirlo. Se trata de un precepto dictado en interés general ó público, por virtud del cual la ley impone su criterio á la voluntad de los particulares, y las capitulaciones matrimoniales no pueden alterarlo porque á ello se opone terminantemente el art. 1316.

Se dirá que la misma ley en caso de pactarse por los interesados el sistema de separación de bienes, ó de proceder éste legalmente, permite la compraventa entre los cónyuges en su artículo 1458, y por tanto, que sin incurrir en exageraciones puede sostenerse que la prohibición del 1334 sólo debe conside-

rarse no modificable por la voluntad en los sistemas de comunidad absoluta ó relativa, pero no en el de separación de patrimonios. No podemos admitirlo: aunque el art. 1458 venga á robustecer y á afirmar el precepto del 1334, su fundamento es distinto. El contrato de compraventa entre los cónyuges es ilógico y antinatural en los sistemas de comunidad más ó menos absoluta de bienes; tiene una explicación racional en el sistema de separación, y á pretexto solamente de impedir las donaciones, el legislador no podía prohibir en tal sistema una compra ó una venta verdad. Mas en cuanto á las donaciones no sucede lo mismo: la falta de libertad de obrar durante el matrimonio, la sugestión, el amor, la avaricia, las causas todas en que se inspira el legislador para condenar las donaciones entre los cónyuges, concurren por igual en todos los casos, sin que el sistema matrimonial aceptado tenga en la cuestión influencia alguna. Por eso el legislador, en el art. 1458, al lado de la regla coloca la excepción, y en el 1334 dicta la regla sin excepción alguna.

C. *Jurisprudencia.*—Según la Resolución de la Dirección general de los Registros de 31 de Marzo de 1900, la hipoteca constituída por el marido para garantír el pago de una cantidad que recibe de su mujer como parafernales, no es inscribible. El fundamento se expresa en el siguiente considerando: «Hallándose prohibidos los contratos de mera liberalidad entre cónyuges durante el matrimonio por el art. 1334 del Código civil, no basta, para que se reputen válidos los celebrados á título oneroso, como es el de hipoteca, la mera afirmación hecha por uno de los cónyuges de la causa ó del hecho que motiva la obligación contraída á su favor por el otro consorte, sino que es necesario además la prueba de la existencia de semejante causa, con tanto más motivo, cuanto que, con arreglo al art. 1407 del citado Código, todos los bienes que poseen los cónyuges durante la sociedad matrimonial se reputan gananciales, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido ó á la mujer».

Con arreglo á las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1897 y 27 de Junio de 1898, la última de las cuales

tiene en cuenta para resolver el art. 1334, no puede calificarse de donación, por carecer del requisito esencial de ser acto de mera liberalidad, la posposición que hace la mujer de su hipoteca dotal á la que establece el marido á favor de un tercero.

Sobre la hipoteca en garantía de dote confesada nos ocuparemos en el comentario de los artículos 1345 y 1346.

D. *Códigos extranjeros.*—Se ocupan de esta materia los artículos 1178 al 1183 del Código de Portugal y 1096 y 1097 del de Francia, cuya especial doctrina queda expuesta en el comentario. Disposiciones análogas se deducen de los artículos 1037 y 1038 del Código de Chile, 2246 y 2247 del de Méjico.

Concuerdan con la doctrina de nuestro art. 1334, el 1715 de Código de Holanda, 743 del de Guatemala y 1054 del de Italia. Según este último, los cónyuges no podrán hacerse durante el matrimonio mutuamente donaciones, excepto en los actos de última voluntad, en las formas y según las reglas establecidas para los mismos.

El art. 1033 del Código de Venezuela viene á ser en su primera parte igual al nuestro, pero añade después, desvirtuando la regla por completo: «Sin embargo, se tendrán como válidas las donaciones hechas durante el matrimonio, si el donante muere antes que el donatario sin haberlas revocado.

ARTÍCULO 1335

Será nula toda donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges á los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, ó á las personas de quienes sea heredero presunto al tiempo de la donación.

A. *Precedentes legales.*—Sólo pueden citarse precedentes en el derecho romano.

Está tomado nuestro artículo de los Proyectos de 1851 y 1882.

B. *Comentario.*—El objeto del art. 1335 es afirmar la doctrina del 1334, procurando evitar las donaciones entre cónyuges, cuando se hacen valiéndose de persona interpuesta.

Distingue el Código francés entre las donaciones simuladas, las indirectas, y las hechas por persona interpuesta, declarando las segundas válidas, aunque sujetas á las limitaciones y reglas de las donaciones directas, y las otras dos formas contrarias á la ley, y por consiguiente, nulas.

La donación indirecta es una donación verdadera, no se la encubre con un falso ropaje: es en apariencia, como dice Troplong, lo que es en realidad. Como ejemplos de ella, cita la venta por menos del justo precio, expresando que se dona el exceso si más valiera; la renuncia de una sucesión, para que otro llamado en defecto del primer adquirente se aproveche de ella; la entrega de un pagaré ó recibo sin cobrar su importe; el pago de una deuda ajena sin intención de obtener el reintegro, etc. Todos estos actos constituyen, como hemos dicho, verdaderas donaciones, y si se verifican entre marido y mujer, caen en nuestro derecho bajo el imperio del art. 1334.

La donación es simulada cuando para encubrirla se le da la forma de un acto válido. Si marido y mujer realizan entre sí un acto permitido por las leyes, que realmente sólo encubre una donación prohibida directa ó indirecta, es claro que el acto es nulo; pero no cabe suponerle desde luego tal, sino que será necesario que se pruebe ó demuestre la falsedad de su causa, y con ello que se quiso realizar una donación.

Por último, las donaciones entre marido y mujer valiéndose de una persona intermedia, son tambiéu nulas, si bien, en general, se exige la prueba de la simulación. Únicamente cuando la donación se hace durante el matrimonio y en favor de las personas á quienes el art. 1335 se refiere, la ley, presumiendo desde luego la simulación, las declara nulas, sin que quepa, por tanto, admitir pueba alguna en contrario.

Esas personas son: 1.º, los hijos del otro cónyuge procedentes de diverso matrimonio; 2.º, aquellas personas de quienes el

cónyuge no donante sea heredero presunto al tiempo de la donación.

PRIMERO. *Donaciones en favor de hijastros.*—La ley no se opone desde luego á que los cónyuges hagan donaciones á sus propios hijos; pero hechas por uno de ellos en favor de los hijos del otro procedentes de diverso matrimonio, estima, con razón, que no pueden ser impulsadas por el cariño del donante hacia esos hijos, sino más bien á su amor hacia el otro cónyuge, ó á las sugestiones ó imposiciones de éste, y fundada en tal razón, presume la interposición de persona y prohibe la donación.

En la palabra *hijos* deben comprenderse los descendientes legítimos en general, sean hijos ó nietos, pues esa es la interpretación legal ordinaria de la palabra hijos, y la razón del precepto alcanza á todos por igual.

¿Deben comprenderse también en la prohibición los hijos naturales? Los Tribunales franceses han resuelto la cuestión afirmativamente, fundándose, no sólo en la identidad de razón, sino también en que, á pesar de la letra del artículo, igual en esta parte al nuestro, lo que en realidad quiere separar la ley, son los hijos procedentes de ambos cónyuges, de los procedentes de uno solo de ellos distinto al donante. Muy bien pudiera prevalecer esta interpretación en nuestros Tribunales por ser justa y bastante fundada; pero, creemos que, dado el espíritu prohibitivo del precepto, no puede prescindirse de su letra, que expresamente se refiere á hijos procedentes de *matrimonio,* entre los que no cabe comprender, sin violentar el texto, á los hijos ilegítimos, sean ó no naturales ó legitimados por concesión real, ni á los adoptivos.

SEGUNDO. *Donaciones á favor de personas de quienes el cónyuge no donante sea heredero presunto al tiempo de la donación.*—El artículo 1100 del Código francés añade: «aunque dicho cónyuge no haya sobrevivido á su pariente donatario».

¿De qué personas debe estimarse el cónyuge no donante heredero presunto al tiempo de la donación? Desde luego, de sus padres y ascendientes, y en general, de aquellas personas á

quienes debe suceder abintestato, si no existen fundamentos bastantes para desvanecer la presunción. Es interpuesta y, por tanto, nula la donación, cuando se hace á personas de quien el donante espera lógicamente que deje su herencia, con testamento ó sin él, á su consorte. Pero en este punto la regla no puede ser tan fija como cuando se trata de donaciones á hijastros. La nulidad se funda en la presunción de haber de heredar el otro cónyuge al donatario: presunción que puede desvirtuarse mediante la prueba de saber el donante al tiempo de hacer la donación, que ese otro cónyuge no debía esperar ser tal heredero.

Hay que atender, por tanto, al tiempo de la donación, sin que puedan influir presunciones más ó menos racionales que en ese momento habían desaparecido, ó sólo pudieron existir después. En cada caso, los Tribunales, para decidir, apreciarán á su prudente arbitrio las circunstancias especiales que concurren para declarar la donación válida ó nula, según crean procedente.

Otros Códigos declaran nulas las donaciones hechas por un cónyuge al otro, valiéndose de persona interpuesta, y después añaden que se *reputan* en este caso las donaciones en favor de las personas expresadas en nuestro art. 1335. Cabe, por consiguiente, que mediante la prueba en contrario se destruya la presunción legal. Pero en nuestro Código no ocurre así: la donación hecha durante el matrimonio en favor de esas personas que taxativamente se determinan, es nula desde luego. La redacción del artículo no deja lugar á duda. No es sólo que tales personas se reputen interpuestas; es más que eso: séanlo ó no, la ley así lo estima, y declara la nulidad.

C. *Códigos extranjeros.*—Artículos 1099 y 1100 del Código francés.

En los demás Códigos consultados no encontramos precedentes concretos.

DERECHO FORAL.

A. *Cataluña.*—Como hemos dicho, las capitulaciones matrimoniales en Cataluña contienen de ordinario donaciones entre los esposos, donaciones de los padres ó ascendientes en favor de los hijos que se casan, y donaciones de los desposados en favor de los hijos que esperan tener. Todas ellas merecen el concepto de donaciones por razón de matrimonio.

1.º *Donaciones entre esposos.*—Como donaciones entre los desposados, pueden señalarse en el derecho catalán general las donaciones esponsalicias, el *axcbar* y el *excreix*, y en el derecho catalán especial el *tantumdem* y el *regensament.*

a) Las donaciones *esponsalicias* tienen igual concepto que en el derecho romano y en el antiguo de Castilla. Según el señor Durán y Bas, en Cataluña es más que frecuente, constante, que los futuros consortes, una vez concertado el matrimonio, se hagan recíprocamente una dádiva ó regalo. Consiste en alhajas ó en objetos que pueden tener precio de afección para el desposado que los recibe, y no existe tasa legal.

«Con arreglo al derecho romano—añade—, no efectuado el matrimonio, queda esta donación rescindida, y el que la hizo puede reclamar del donatario la restitución de lo donado, sin más deterioro que el que haya sufrido por el uso. Pero cesa la obligación de restituir cuando el matrimonio ha dejado de verificarse por culpa del donador, á menos que éste sea menor de edad, ó haya tenido justa causa para apartarse de la promesa. Si el matrimonio ha dejado de verificarse por muerte de uno de los desposados, con arreglo también al derecho romano tiene lugar la repetición; pero si hubiese mediado ósculo, el varón únicamente puede pedir la restitución de la mitad de lo que hubiere donado. Efectuado el matrimonio, la donación es irrevocable; y cuando aquél se disuelve, las cosas donadas quedan de libre disposición del donatario.»

Estas donaciones, en Barcelona y otros puntos, pueden ha-

cerse inmediatamente después de celebrado el matrimonio, y aunque en este caso suelen señalárseles distintos efectos, observa el Sr. Durán y Bas que de hecho producen los mismos, y que á las joyas entregadas se les da uno de estos dos destinos: ó pasan al heredero, quien las entrega junto con otras á su esposa, ó se distribuyen entre los hijos por donación ó por acto de última voluntad.

b) Con relación al *axobar* ó *aixobar*, el Sr. Alonso Martínez expone su concepto en forma clara y concreta: dice lo siguiente: «Cuando la novia es la elegida para continuar su casa nativa, y el novio no tiene más que su legítima mínima, por ser un hermano suyo el heredero del patrimonio de sus padres, ó, en términos más breves y exactos, cuando el matrimonio se concierta entre una *pubilla* y un hijo de familia á quien su padre no designa como *hereu*, entonces, como por vía de compensación, suele el marido aportar dote á su consorte, y ésta administra y usufructúa los bienes en que consiste, con igual carácter que sus parafernales. Tal es la donación ó constitución dotal irregular llamada *axobar*. Claro es que puede garantirse con hipoteca expresa y especial, conforme á la ley Hipotocaria vigente; pero no ha tenido nunca, como la dote, hipoteca legal tácita, y en su lugar, para suplirla y asegurar su restitución, se otorga al marido una especie de privilegio de *tenuta*, aunque parcial é incompleto, toda vez que si se le da el derecho de retener los bienes que de la mujer administra al tiempo de la disolución del matrimonio, se le niega en cambio el de hacer suyos los frutos para el reintegro del *axobar*.»

c) El *esponsalicio* ó *excreix*, ó *donacio per noces*, pues con todos estos nombres es conocida la institución, es una donación parecida á las arras del derecho germano; tanto que, en opinión de los intérpretes, se promete por el esposo á la esposa en premio de su virginidad. Sin embargo, aunque excepcionalmente, también media en los matrimonios celebrados con mujer viuda. Su significado es más bien el de un aumento de dote constituída por el marido en favor de la mujer.

Su importe alcanza de ordinario á la mitad del valor de los bienes dotales, si bien se relaciona con la edad de los contrayentes y con sus medios de fortuna. Cuando el marido es rico y de bastante más edad que la mujer, el esponsalicio suele ser mayor que la mitad de la dote, y si ésta es muy crecida y no median aquellas circunstancias, suele ser menor.

La administración y el usufructo del esponsalicio corresponde al marido durante el matrimonio, y los bienes en que consiste se restituyen con los de la dote á la disolución de la unión, si bien no procede la restitución si muere la mujer sin hijos antes que el marido, ó si no llegó á entregarse la dote prometida; y se restituye en parte si sólo en parte fué la dote entregada.

Si premuere el marido, el usufructo del esponsalicio corresponde siempre á la mujer; mas en el caso de quedar hijos, á éstos pasa por partes iguales la nuda propiedad, y si no quedan hijos, la mujer puede optar por el dominio de la mitad de dicha donación, renunciando el usufructo de la otra mitad.

La naturaleza especial del esponsalicio—dice el Sr. Durán y Bas—es la de una donación hasta cierto punto condicional. Necesita, pues, pactarse expresamente; de suerte que la ley no presume jamás su constitución, y pueden modificarse también por la voluntad de las partes las condiciones de su existencia, y los efectos que quedan señalados, antes ó después de la celebración del matrimonio.

Para la restitución del esponsalicio la mujer tiene los mismos privilegios que para la restitución de la dote, *tenuta* y *opción dotal*, de los que nos ocuparemos en su lugar oportuno.

d) El *tantumdem* es una institución especial del derecho catalán. Está en uso en la diócesis de Gerona, aunque es cada día menos frecuente.

El *tantumdem* es la donación *propter nuptias* de los romanos, ó contradote; donación hecha por el esposo á la esposa en compensación de la dote, por lo que debe ser igual á ésta en lo posible. Se rige esta donación por los principios y reglas del derecho romano relativos á la contradote.

e) El *regensament* es una donación que por costumbre hace la esposa al esposo en compensación del esponsalicio dado ó prometido por éste. Rige en el valle de Arán, y su importe es menor que el de dicho esponsalicio.

2.º *Donaciones hechas en favor de los desposados por sus ascendientes ú otras personas, ó por los desposados en favor de los hijos que han de nacer.*—Entre las primeras, se distinguen como principales los dos grupos siguientes:

a) La *dote*, de la que nos ocuparemos en el capítulo del Código dedicado especialmente á esa institución.

b) Los *heredamientos* puros, universales ó particulares.

Las hechas por los desposados en favor de los hijos que han de nacer de su futuro matrimonio, constituyen los *heredamientos* condicionales, y aun los puros.

Siguiendo al Sr. Durán y Bas, expondremos brevemente la doctrina de los heredamientos en general.

Con el fin de asociar al hijo á la obra de conservación de los bienes de la familia, de mantener la unidad en el patrimonio, evitando su fraccionamiento á la muerte del jefe, y de evitar los males provenientes de unas segundas nupcias, existen en Cataluña los *heredamientos*, fundados, más que en la ley, en la costumbre, verdaderas donaciones entre vivos de carácter irrevocable, que establecen el destino de los bienes, aun para después de la muerte del donante.

Los heredamientos son puros ó condicionales.

Los heredamientos *puros* se hacen por los padres en favor del hijo que se casa, ó por éstos en favor de los hijos que han de nacer, escogiendo ordinariamente á uno de ellos, el primogénito, á quien suele sustituirse otro ú otros, prefiriendo los mayores á los menores, y los varones á las hembras, ó reservándose en ciertos casos el derecho de elección.

Estos heredamientos pueden ser *universales* ó de determinados bienes. Pueden referirse sólo á los bienes presentes ó también á los futuros; pero en este caso se entiende que el heredamiento comprende tan solamente, aparte los bienes presentes

si fueron donados, aquellos que, habiéndose adquirido por el donante después de la donación, existan en su poder al tiempo de su fallecimiento, lo cual le permite disponer de los mismos por actos entre vivos á título oneroso.

Los heredamientos *condicionales* son de dos clases: preventivos y prelativos.

El heredamiento *preventivo* es aquel por el cual los donantes, ó sean los contrayentes, llaman á la sucesión de sus bienes á los hijos que esperan tener, ó á alguno de ellos, generalmente al primogénito, pero sólo para el caso de que aquéllos mueran sin testamento. En este caso, si la condición se cumple, se comprenden en la donación todos los bienes que el causante deje á su fallecimiento. Si el donante hace testamento, falta la condición y se cumple su última voluntad. El objeto de este heredamiento es, por consiguiente, prevenir el caso de fallecer intestado el donante.

El heredamiento *prelativo* consiste en otorgar preferencia en la sucesión de los contrayentes á los hijos que nazcan de su unión, sobre los que nacen procedentes de un matrimonio posterior. Este heredamiento se limita á los bienes que el donante deja á sus hijos por título hereditario. La condición aquí es la existencia de hijos de dos ó más matrimonios; si no los hay, los del primero no pueden alegar prelación ó preferencia alguna.

Pueden comprenderse en las capitulaciones todas estas clases de heredamientos, y combinarse unas con otras. Y caben después sucesivas sustituciones de todas especies, y pactos de reversión al donante con diferentes condiciones de reserva, de usufructo ó de la facultad de disponer, etc.

En realidad, el heredamiento más importante es el puro y universal (de bienes presentes y futuros), que no deja de ser frecuente, y en él es donde verdaderamente resalta el carácter de irrevocabilidad de la donación como acto entre vivos por causa de matrimonio. En los demás, todo se subordina al cumplimiento ó incumplimiento de la condición.

La promesa de heredar tiene fuerza de heredamiento. Pue-

den comprenderse, como ya hemos dicho, toda clase de pactos y condiciones, siendo el más frecuente el de reservarse el donante el usufructo de los bienes durante su vida.

Respecto á las donaciones *entre cónyuges,* rige el derecho romano. (Véase el art. 1334.)

En el proyecto de *Apéndice* al Código civil para Cataluña, se trata de los heredamientos en los arts. 135 al 148, respetando la doctrina expuesta. En cuanto á las donaciones entre desposados, no se legisla especialmente, lo que equivale á aceptar en principio la doctrina del Código civil, sin perjuicio de la libertad concedida á los contrayentes en las capitulaciones matrimoniales para pactar el esponsalicio, el axobar ó cualquiera otra donación especial, y de las modificaciones que impone, por su más amplio espíritu en la materia, la legislación especial de Cataluña.

Si se reconocen, por tanto, como se desprende de dicho apéndice, las ventajas de la legislación común, y se acepta la conveniencia de que las capitulaciones y las donaciones por razón de matrimonio se verifiquen siempre con anterioridad á la celebración de éste, quedando suficientemente respetada la legislación foral de Cataluña con la libertad que se concede á los contrayentes, sólo queda en pie, como institución especial del Principado en esta materia, la de los heredamientos.

Sobre sus ventajas é inconvenientes pueden consultarse las obras de los Sres. Durán y Bas, uno de sus más entusiastas defensores, y Sánchez Román, que los combate. Esas ventajas é inconvenientes son, en suma, aunque algo atenuados, los mismos de los mayorazgos, con los que guardan gran analogía en el fondo. Como al fin la misma doctrina de los heredamientos la hemos de ver reproducida en otras regiones, al final de este estudio indicaremos brevemente nuestro juicio.

B. *Aragón.*—1.º *Donaciones por razón de matrimonio.*—Distínguense las donaciones entre los desposados de las hechas por terceras personas en favor de los mismos.

a) Donaciones entre los futuros esposos.—Figuran entre ellas las donaciones esponsalicias y la firma de dote.

Las donaciones *esponsalicias* tienen en esta región igual concepto que en todas las demás. Los Fueros y Observancias no legislan especialmente sobre estas donaciones, por lo que deben aplicarse como supletorios los preceptos del Código civil, mientras no contradigan las reglas del derecho aragonés sobre donaciones en general.

La *firma de dote, excreix* ó *axobar,* es una institución del derecho de Aragón parecida al esponsalicio del derecho catalán, y por tanto, á la dote germana. Aunque sus efectos tienen mucha analogía con la de la misma dote, á la que sirve de aumento, nos ocuparemos de ella en este lugar.

La *firma* ó *aumento de dote,* es, de ordinario, una donación que el esposo hace á la esposa por razón de su matrimonio, atendiendo á sus cualidades personales, bien dotando á la mujer indotada, bien aumentando la dote que ella lleva á la sociedad conyugal. Su cuantía suele regularse en la tercera parte de la dote.

Aunque poco frecuente, *la firma de dote* puede también constituirse por la esposa en favor del esposo, siguiéndose las reglas marcadas en las capitulaciones matrimoniales, ó en su defecto, las de dicha donación en general.

La firma de dote puede ser simplemente prometida ó entregada, y aunque en lo antiguo debía consistir siempre en bienes sitios por naturaleza ó por ficción, en la época moderna es lo más frecuente que se constituya en bienes muebles.

Puede constituirse por acto *inter vivos* ó *mortis causa,* teniendo en este caso la consideración de legado, y hacerse antes de la celebración del matrimonio ó después, mientras subsista la sociedad conyugal.

Los bienes en que consiste la *firma de dote*, tienen en Aragón la consideración de dotales. El marido es el administrador de ellos, y siendo muebles, los hace suyos para uso y aprovechamiento de la sociedad con obligación de devolver su importe. Respecto á los inmuebles, corresponde el derecho de libre disposición á la mujer; la administración, como queda dicho, al marido, y el usufructo á la sociedad conyugal.

De ordinario no se debe la firma de dote si no se pacta expresamente; pero la mujer que llevó dote al matrimonio, puede exigir aquel aumento durante la unión. Tampoco es requisito indispensable que se determinen los bienes en que consiste ó debe consistir, y si no se determinan, al morir antes la mujer, pueden exigir los hijos que se especifiquen los bienes, y al morir antes el marido, debe la mujer recibir por tal concepto, según el derecho antiguo, tres fincas que no sean de las mejores ni de las peores.

Siendo los bienes muebles, pertenecen ellos, ó su importe, á la mujer á la disolución del matrimonio, y puede transmitirlos á sus herederos. Siendo inmuebles, debía dar una finca á uno de sus hijos, repartir otra entre los demás y donar la tercera al lugar en que fué enterrado su marido.

En garantía de la firma de dote, puede exigir la mujer hipoteca legal.

Se extingue el derecho de la mujer á dicha donación, por renuncia expresa ó tácita, por adulterio y por casarse segunda vez.

El proyecto de apéndice al Código civil con relación á Aragón, modificando algo los preceptos del derecho aragonés, determina que, en defecto de pacto, deben observarse las reglas siguientes:

1.ª La mujer tendrá la facultad de distribuir libremente la firma de dote entre sus descendientes habidos de su matrimonio con la persona que le hizo la donación.

2.ª Si la mujer no hizo la distribución, la heredarán por igual dichos descendientes.

3.ª No quedando descendientes del expresado matrimonio, la mujer que no hubiese contraído ulteriores bodas, podrá disponer, como si fuese caudal propio, de la mitad de su firma de dote, volviendo la mitad restante á los habientes derecho del marido.

4.ª Cuando contraiga segundo matrimonio y no quedaren descendientes del primero, la firma de dote íntegra pasará á los herederos del asignante.

Si así se pactó expresamente, ó si la firma de dote consiste en bienes inmuebles, ó en muebles aportados como sitios, corresponde al marido sobreviviente el derecho de viudedad sobre los mismos. (Art. 112.)

Mientras la mujer, ó el marido en su caso, disfruten el derecho de viudedad, no pueden extraer la firma de dote consistente en cantidad. (Art. 114.)

b) Donaciones á los esposos por terceras personas.—Constituyen la dote y las donaciones *propter nuptias* en general.

En cuanto á estas donaciones, véase lo expuesto sobre las capitulacones matrimoniales en esta región al final de la sección anterior. Obsérvese que en dicho acto puede disponerse de los bienes entre vivos ó para después de la muerte, haciéndose, no sólo donaciones, sino también verdaderas instituciones de heredero con carácter irrevocable; obsérvese que en Aragón la legítima tiene importancia con relación á la entidad hijos, mas no respecto á hijo alguno determinado; obsérvese que las capitulaciones pueden otorgarse lo mismo antes de la celebración del matrimonio que después, y obsérvese, por último, que es también frecuente en las capitulaciones las instituciones de heredero en favor de los hijos que han de nacer, para el caso de morir los contrayentes sin testamento. Resulta, por lo tanto, que con arreglo al derecho aragonés, son fáciles y posibles los heredamientos señalados como institución típica de Cataluña, en todas sus diversas clases, aunque no reciban ese nombre especial, y aun con mayor extensión por la circunstancia de poder dejarse todos los bienes á un solo hijo, apartando con una legítima insignificante á los demás. Lo que ocurre es que de hecho los padres aragoneses no usan de la omnímoda libertad que les conceden sus fueros, con la misma frecuencia y extensión que los padres catalanes, fundados en sus costumbres; y por eso, ni llama tanto la atención el derecho aragonés en la materia, ni se han preocupado los escritores de las ventajas é inconvenientes de los que podemos llamar los heredamientos en Aragón.

2.º *Donaciones entre cónyuges.*—Permitidas las donaciones

por razón de matrimonio después de la celebración de éste, no es raro que no se prohiban en Aragón las donaciones entre cónyuges. Sólo se consideran ineficaces las donaciones de bienes muebles por el marido en favor de la mujer, y la razón no puede ser más clara: esos bienes, aun donados á la mujer, pertenecen en propiedad y administración al marido durante el matrimonio; y al disolverse la unión, entran en la división general por mitad entre un cónyuge y los herederos del otro, de modo que la donación sería realmente ilusoria. Ahora bien: la mujer, para donar á su marido bienes de la dote ó de su firma de dote, necesita el consentimiento de sus dos parientes más próximos.

C. *Navarra.*—Como liberalidades especiales por razón de matrimonio, pueden citarse en Navarra las donaciones esponsalicias, la dote, las arras y las donaciones *propter nuptias*.

a) Nada especial digno de mención rige en cuanto á las *donaciones esponsalicias*.

b) De la *dote* nos ocuparemos al final del capítulo siguiente.

c) Las *arras*, en Navarra como en Castilla, significaron al principio una garantía de la celebración del matrimonio, cierta cantidad entregada por el esposo, primero á los padres de la desposada, y después á ésta. Constituyó después una donación por razón de matrimonio, hecha por el esposo á la esposa en atención á sus cualidades personales, pero condicionalmente, pues había de recaer en los hijos de la unión para la que fué dada ó prometida, ó revertir al donante. Y fué, por último, modificada en sus efectos, lo mismo que en Castilla, pasando irrevocablemente el dominio á la mujer ó á sus herederos, aunque no quedasen hijos.

Las arras fueron sujetas á tasa, fijando para ella, como máximum, la octava parte del importe de la dote.

Pierde la mujer el derecho á las arras en caso de adulterio y en el de abandono del domicilio conyugal, no mediando determinadas circunstancias.

d) Donaciones propter nuptias.—Para juzgar de la importancia

de esta institución en Navarra, basta transcribir las siguientes palabras del Sr. Alonso Martínez:

«El Sr. Morales afirma rotundamente que la especialidad más necesaria para la vida de la familia navarra es la libertad de disponer de los bienes por medio de la donación *propter nuptias*. Y se comprende perfectamente con sólo recordar que este contrato hace en Navarra las veces de testamento, es decir, que es á la vez un acto *inter vivos* y *mortis causa*, por el cual no sólo se organiza la familia en vida, sino que se regula para después de los días de los donantes. Nada hay comparable—dice el señor Morales en un arrebato de entusiasmo—á ese gran espectáculo familiar, en que, reunidos los parientes de ambos futuros desposados, después de adquirida la seguridad del mutuo agrado de éstos, y llamados también los más cercanos parientes, pues aun se cree en la voz de la sangre, tratan no sólo de la organización de la nueva familia, sino de la futura organización, en parte, de las de los otros hijos y de la continuación de la casa nativa; de esos nidos que, sin tener fuerte construcción cimentada en grandes fortunas, viven, sin embargo, resistiendo siglos, guerras y trastornos de todo género, como si una fuerza misteriosa y divina los sostuviera.

»Las únicas limitaciones que tiene en Navarra la donación *propter nuptias* son: primera, la legítima foral, ó sean los cinco sueldos carlines, y la robada de tierras, condición que se llena con una mera fórmula de *institución* hecha en favor de los hermanos del novio en las capitulaciones matrimoniales de éste, cuando es elegido para representar la casa nativa; segunda, los alimentos de los donantes, para lo cual, ó se reservan éstos el usufructo de los bienes donados, ó imponen al donatario el deber de suministrarles lo necesario para su decorosa sustentación, fijando al efecto cantidad y plazos, y pactando la separación de bienes, y hasta las casas ó habitaciones que han de ocupar en caso de incompatibilidad de carácter; y tercera, la reserva de una onza ó 500 reales, para no quedar los donantes sin testamentifacción.»

Los pactos más usuales en las capitulaciones, con relación á las donaciones *propter nuptias,* son el de *reversión*, el de *libre disposición* y el de *sucesión.*

1.° El de *reversión*, por virtud del cual, en el caso de fallecer el donatario sin hijos, ó los hijos del donatario sin descendientes, ó aun quedando hijos ó nietos, si mueren antes de poder testar ó sin testamento, deben volver los bienes donados al donante, y, en su defecto, al abuelo ó abuela ó á los parientes más próximos.

2.° El de *libre disposición* faculta al donante para disponer de los bienes donados, ya en absoluto, ya en favor de sus hijos.

3.° Por el de *sucesión* se determina el orden de suceder en los bienes objeto de la donación, haciendo sucesivos llamamientos, de ordinario condicionales. El abuso de disposición del donante en estos pactos, hizo preciso que la ley limitara su alcance, siendo la limitación más eficaz la que reducía los efectos, determinando que no pudieran extenderse las sucesivas transmisiones por herencia á todos los bienes, sino sólo á los que existieran ó se conservaran en poder del donatario al tiempo de su muerte, salvo estipulación expresa en contrario.

Repítese, por lo tanto, en Navarra, con relación á las donaciones *propter nuptias,* el mismo fenómeno jurídico que en Aragón y Cataluña: la posibilidad de disponer de los bienes por contrato, ó de un modo irrevocable para después de la muerte, sin respetar más legítima que la imaginaria consignada en sus fueros. Nótese, sin embargo, que se trata de donaciones entre vivos de bienes futuros, ó presentes y futuros, y que, de ordinario, sólo comprenden los que existan en poder del donante el día de su fallecimiento.

D. *Vizcaya.*—Las donaciones por razón de matrimonio en esta región pueden clasificarse en tres grupos:

1.° Donaciones entre los desposados (donaciones esponsalicias, arras).

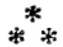
2.° Donaciones de los ascendientes en favor de sus hijas (dote).

3.º Donaciones de los ascendientes en favor de sus hijos (donaciones *propter nuptias*).

Apartando con algo á los demás hijos, los donantes pueden transmitir irrevocablemente el dominio de la casería á aquel que entre ellos escojan como de mejores condiciones para regir la fortuna familiar.

Son pactos frecuentes la reserva en favor de los donantes del usufructo de la mitad de los bienes, la vida en común de los ascendientes con el nuevo matrimonio, la reversión al donador en determinadas circunstancias, etc.

E. *Mallorca.*—Existen desde luego las mismas clases de donaciones aunque es rara la dote. El límite de dichas donaciones es la legitima de los herederos forzosos, y respecto á ellas cabe establecer las reglas de sucesión en la familia que á bien tenga el donante, sin perjuicio de dichas legítimas.



Como doctrina común á todas las regiones forales, puede citarse el art. 181 de la ley Hipotecaria. «Entiéndese por bienes aportados al matrimonio, á los efectos de la hipoteca legal correspondiente, aquellos que bajo cualquier concepto, con arreglo á fueros ó costumbres locales, traiga la mujer á la sociedad conyugal, siempre que se entreguen al marido por escritura pública y bajo fe de Notario para que los administre, bien sea con estimación que cause venta, ó bien con la obligación de conservarlos y devolverlos á la disolución del matrimonio. Cuando la entrega de los bienes constare solamente por confesión del marido, no podrá exigirse la constitución de hipoteca sino en los casos y términos prescritos en el art. 171.»

Dos palabras para concluir. La facultad concedida en todas las regiones forales á los padres para disponer con más ó menos extensión de sus bienes en favor de uno solo de sus hijos, apartando con algo á los demás, requiere en su ejercicio gran moderación. Sin duda los padres propenden naturalmente á la igualdad y á la justicia entre sus descendientes, y por esto no daña

la ley por sí sola; lo que daña es la costumbre, porque la repetición de casos engendra el deseo de llegar aún más allá, de aumentar los patrimonios y conservarlos unidos, y la vanidad acaba por hacer olvidar á los padres sus deberes, sacrificando el porvenir de seres de su propia sangre, por el deseo ó capricho de que no se dividan los bienes, de que no sufra el menor menoscabo la fortuna. Por eso el mal es mayor en Cataluña, á pesar de ser allí mayor la porción legítima, porque, aun sin fundarse en ley alguna, el caso es harto frecuente. Prescindiendo del aspecto económico y del aspecto jurídico, que no pueden menos de resolver la cuestión en contra de esa facultad de los ascendientes, con las reservas y condiciones que la convierten de ordinario en un estancamiento de la riqueza, y en un estado anómalo respecto á la propiedad, que se transmite y no se transmite á fuerza de sustituciones y limitaciones, y poder de reversión y de revocación, y combinaciones diversas, lo esencial y en lo que más deben fijarse los padres antes de proceder á esas donaciones casi universales, es resolver si en la familia deben pesar más los intereses ó los sentimientos, si vale más el poderío material ó el moral, la unidad del patrimonio ó el deber mutuo de asistencia, protección y cariño. Decir que los hijos desposeídos dedicándose al trabajo aprenden á hacerse una fortuna, y contribuyen al desarrollo de las artes é industrias, es un sarcasmo: ¿será un bien que los favorecidos no trabajen? ¿No es mejor poner á todos los hijos en iguales condiciones para la lucha con la vida? ¿Pueden los no primogénitos defenderse siempre sin medios de fortuna? Decir que el heredero universal cuida y ampara á sus hermanos continuando la misión del jefe de la familia, es una mera afirmación sin base real, porque cada cual obrará según sus inclinaciones y el mayor ó menor ascendiente de quienes le rodean, y porque el mejor hermano no puede nunca sustituir á un padre.

CAPITULO III

De la dote.

Los antecedentes históricos relativos á la dote, el examen del sistema dotal y el estudio de sus ventajas é inconvenientes, quedaron expuestos en la *Introducción* del presente título III.

El hecho de existir dote ó bienes dotales, no significa en modo alguno la admisión del régimen dotal en el matrimonio. En todos los sistemas de comunidad relativa puede haber bienes dotales, y por esto nuestro Código, desenvolviendo el sistema de gananciales, trata dentro de él de la dote. Así pues, aun cuando en las capitulaciones matrimoniales se constituya en dote todo el capital aportado por la mujer, si no se estipula expresamente el régimen dotal, se entenderá aceptado, con arreglo al art. 1315, el de gananciales.

Hay casos, sin embargo, como dijimos, en los que no cabe entender aceptado el sistema de gananciales, y en ellos nuestro Código expresa que han de seguirse los preceptos relativos á la dote, pero á la dote tal como el legislador la reglamenta en los arts. 1336 al 1380, presumiéndose aceptado el sistema dotal, pero un sistema dotal atenuado, moderado, sombra de lo que fué.

El verdadero régimen dotal lleva consigo el carácter de inalienabilidad de los bienes inmuebles de la dote. Al quitarle en los tiempos modernos ese carácter, el régimen dotal ha perdido su importancia y su independencia: conserva su nombre, pero ha abdicado sus principios fundamentales.

El capital que la mujer aporta al matrimonio ó adquiere durante él por título lucrativo, puede tener el concepto de bienes dotales ó parafernales. Las reglas relativas á unos y otros son distintas, y de aquí que el legislador se ocupe de ellos en capítulos separados. En principio, los bienes parafernales se distinguen de los dotales en que pertenecen á la mujer con completa independencia, en dominio y en administración, mientras que los

dotales se entregan siempre al marido y se destinan exclusivamente al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

Vive la dote merced á su pasada importancia. En rigor, sólo debiera hacerse en lo relativo al capital de la mujer una diferencia, según que su administración correspondiese ó no al marido. El legislador de Chile considera la dote como una simple donación por razón de matrimonio, sin méritos bastantes para concederle ningún privilegio ni ninguna regla especial. Lo mismo puede decirse con relación á los Códigos de Alemania y Venezuela.

Nuestro Código le concede todavía importancia, y dedica á su reglamentación tres secciones, destinándose la primera á su constitución y garantía, la segunda á su administración y disfrute, y la tercera á su restitución.

SECCIÓN PRIMERA

DE LA CONSTITUCIÓN Y GARANTÍA DE LA DOTE

ARTÍCULO 1336

La dote se compone de los bienes y derechos que en este concepto la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo y de los que durante él adquiera por donación, herencia ó legado con el carácter dotal.

A) *Precedentes legales.*—Ley 1.ª, tít. 11, Partida 4.ª: «El algo que da la mujer al marido por razon de casamiento, es llamado dote, é es manera de donacion fecha con entendimiento de se mantener é ayuntar el matrimonio con ella, é segun dicen los sabios antiguos, es como propio patrimonio de la mujer.»

B) *Comentario.*—El art. 1336 considera como dote, lo mismo lo que se aporta al matrimonio por la mujer, que lo que adquiere durante él, siempre que se aporte, adquiera ó entregue en tal concepto. De modo que, en suma, es dote el capital de la mujer, cuando los interesados digan que lo es, ó quieran que lo sea,

siempre que esto conste de un modo expreso, auténtico y formal.

Todo depende, pues, del concepto de la aportación ó de la adquisición. En rigor, el art. 1336 no define la dote; lo que hace es determinar que no existe dote mientras expresamente no se constituya; que los bienes privativos de la mujer son, como regla general, extradotales ó parafernales, y así han de considerarse siempre mientras no conste de un modo expreso lo contrario.

Una vez que lo aportado ó adquirido se constituya como dote, es indispensable la entrega al marido para su disfrute y administración, y como consecuencia de esa entrega nacen las obligaciones de garantizar y restituir en su día, y el destino de los bienes que exclusivamente han de servir para contribuir, primero con sus frutos, y después á veces con ellos mismos, en defecto de los del marido, al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

Estos son los verdaderos caracteres de la dote; capital ó conjunto de bienes de la mujer que se entrega al marido para facilitar á éste medios y ayuda en el sostenimiento de las cargas matrimoniales, con obligación de restituirlo ó devolverlo cuando esas cargas no existan, y de asegurar con hipoteca la efectividad de la restitución.

La dote se compone de bienes y derechos. Ha de ser, por lo tanto, cierta y consistir en algo determinado, por lo menos en cuanto á la cantidad. Esta determinación la hará el mismo dotante, y no vemos inconveniente en que, á semejanza de lo preceptuado en cuanto al precio de la venta en el art. 1447, se deje la fijación de este al arbitrio de persona determinada.

La dote se constituye ordinariamente con capital de la mujer, ya le perteneciese con anterioridad al matrimonio por cualquier título, ya provenga de donaciones hechas por terceras personas con motivo de su unión, ya de adquisiciones posteriores en virtud de herencia, legado ó donación, como expresa el artículo 1336; mas siempre, como hemos dicho, á condición de que se aporten los bienes dotales ó se adquieran con ese carácter,

esto es, que el donante ó el testador expresen su voluntad de que tales bienes tengan el carácter dotal. Por subrogación cabe, como veremos en el artículo siguiente, que á los bienes dotales sustituyan otros equivalentes, adquiridos por permuta, dación en pago, retracto ó venta.

Es posible que la mujer durante el matrimonio adquiera bienes por distintos títulos de los expresados, por ejemplo, compra con el producto de sus bienes parafernales, cobro de créditos, etc. ¿Puede aumentar con ellos la dote? El art. 1336 se opone á ello: después del matrimonio, y salvo los casos á que alude el 1337, sólo es dote lo adquirido por donación, herencia ó legado con el carácter dotal. Se tratará, pues, de bienes parafernales que pueden ó no entregarse al marido para su administración, pero sin perder por ello su naturaleza.

C) *Jurisprudencia.*—La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Diciembre de 1897 declara, en resumen, que la entrega al marido del haber paterno de su esposa, sin expresar de ningún modo que la entrega se hiciese en concepto dotal, no puede considerarse como dote.

La Resolución de la Dirección general de los Registros de 20 de Diciembre de 1899 sostiene la misma doctrina. Adjudicada una finca á la mujer en parte de pago de su legítima sin más expresión, es indudable que tiene el concepto de parafernal.

D) *Códigos extranjeros.*—Los Códigos de Francia, art. 1540; Italia, 1388; Méjico, 2251, y Guatemala, 1114, expresan que la dote se compone de los bienes que la mujer, ú otro en su nombre, entrega por tal título al marido para sostener las cargas del matrimonio. El 1136 del Código de Portugal determina los bienes en que puede consistir la dote. Véase también el 2257 del de Méjico.

El Código de Chile no se ocupa de la dote, y como el de Venezuela, sólo distingue entre los bienes propios del marido y los propios de la mujer. En el sistema legal de Alemania, todos los bienes de la mujer pasan á la administración del marido, no teniendo por cualquier motivo el carácter de reservados: distin-

ción que equivale á la de dotales y parafernales, pero constituyendo aquéllos la regla general.

ARTÍCULO 1337

Tendrán también el concepto de dotales los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio:

1.º Por permuta con otros bienes dotales.

2.º Por derecho de retracto perteneciente á la mujer.

3.º Por dación en pago de la dote.

4.º Por compra con dinero perteneciente á la dote.

A) *Precedentes legales.*—Ley 11, tít. 4.º, libro 3.º del Fuero Real: «Si estando el marido con la muger cambiaren heredad del uno dellos, los otros esquilmos de aquella heredad que fué cambiada, háyanlos por medio, é la heredad sea de aquel cuya era la otra por que fué fecho el cambio. Otrosí, si estando en uno vendiesen heredad que sea del uno dellos, y del precio de a heredad compraren otra, los esquilmos della sean de amos comunalmente, é la heredad sea de aquel de cuya heredad fué fecha la compra.»

La ley 49, tít. 5.º, Partida 5.ª, sienta como regla general que lo que se compra con dineros ajenos es de aquel que hizo la compra en su nombre, salvo casos excepcionales, entre los que cita el de que el marido compre con dinero de la dote y con voluntad de la mujer, pues entonces á ella pertenece lo que se compró, si bien puede escoger entre la cosa y su precio.

B) *Comentario.*—El art. 1337 se ocupa de lo que podemos llamar bienes dotales por subrogación. Se refiere sólo á los bienes inmuebles, porque son los de mayor importancia y en los que pueden existir mayores dudas. Si con dinero de la dote se compra un mobiliario, si se cambia una joya dotal por otra, etc., claro es también que lo comprado ó cambiado sustituye á lo que se entregó; pero en último término, el marido responde de la restitución de los bienes dotales ó de su estimación; y á mayor

abundamiento, el art. 1372 determina claramente, no sólo que la restitución se hará en los mismos bienes en que se constituyó la dote ó en aquellos *que los hubieran sustituído,* sea la que fuere su clase, sino aun más, que tratándose de bienes muebles no existentes á la disolución del matrimonio, pueden entregarse otros de igual clase si los hubiere, fuesen ó no adquiridos en sustitución de los no existentes.

Al dictar su precepto el art. 1337 se inspira, como veremos, en el deseo de evitar indivisiones ó desmembraciones en la propiedad. Este fin no se observa á primera vista, pero se ha tenido en cuenta para resolver los casos dudosos que en la práctica se podían presentar.

Examinemos cada uno de los números del art. 1337 que estamos comentando.

PRIMERO. *Permuta con otros bienes dotales.*—La sustitución ó subrogación se presenta aquí con toda evidencia. Nada más natural que si el inmueble dado en permuta por la mujer era dotal, tenga igual carácter el inmueble adquirido en su sustitución. Pero no siempre son de igual valor los bienes permutados. ¿Será aplicable en todo caso la regla del art. 1337, ó supone la ley al decidir que se trata de fincas de valor idéntico?

En primer lugar, debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 1446. Cuando en equivalencia de lo recibido se entregan otras cosas y metálico, se calificará el contrato según la intención de los interesados, y no constando ésta de un modo manifiesto, se tendrá el acto por permuta si el valor de la cosa excede al del dinero ó su equivalencia, y por venta en el caso contrario.

Bajo esta base ha de interpretarse el núm. 1.º del art. 1337. Sólo cuando el acto merezca el concepto de permuta, se aplicará dicho número.

Ahora bien: si el inmueble adquirido por la mujer es de menor valor que el transmitido, desde luego aquél es dotal, y la diferencia de valor supone además un ingreso en la sociedad conyugal, del cual el marido responde á la mujer ó sus herede-

ros, pues en su día habrá de restituir en metálico esa diferencia.

Si el inmueble adquirido en permuta es de más valor que el entregado, la sociedad conyugal tendrá que abonar en metálico la diferencia. Ese metálico puede proceder del capital privativo del marido, del de la mujer ó de los gananciales. ¿Se entenderá que el exceso de valor de la finca, ó sea la participación indivisa que represente, pertenece á aquel de quien el metálico procede? Entendemos que no: primero, porque el art. 1337, sin distinguir, previene que, en caso de permuta, el inmueble adquirido sustituya al que se entregó, y tenga, como éste, el carácter dotal; segundo, porque la ley repugna la indivisión, y la indivisión resultaría si el exceso de valor de la finca permutada perteneciese, ya al marido, ya á la comunidad. Pero como no sería justo que la mujer se enriqueciese á costa del marido ó de la sociedad, y como prescindir de la procedencia del metálico equivaldría á consentir durante el matrimonio donaciones entre los cónyuges, de la permuta en el caso expuesto nace forzosamente un crédito á favor de la persona ó entidad que facilitó el metálico, no siendo la mujer, cuyo crédito ha de tenerse en cuenta en su día al procederse á la liquidación de la sociedad conyugal. Si el exceso se pagó con fondos de la dote, no hay cuestión.

Cuando el acto merezca el concepto de compraventa, este número no es aplicable. El inmueble adquirido formará parte del capital privativo ó común, según quien realice la compra y la procedencia del metálico, sin perjuicio del abono que en su caso corresponda, y no hay inconveniente en que se adquiera proindiviso en proporción á la parte de precio ó finca procedente de cada cual. No constando la procedencia, es regla general que lo comprado durante el matrimonio debe estimarse ganancial.

Entre los inmuebles deben comprenderse los derechos reales sobre los mismos, usufructo, hipoteca, censo, servidumbres, etc., pues con arreglo al art. 334, tienen el mismo concepto y existe respecto á ellos la misma razón.

SEGUNDO. *Derecho de retracto perteneciente á la mujer.*—En este número no aparece tan clara la idea de la subrogación; pero puesto que el derecho pertenece á la mujer, justo y hasta necesario es que lo que en virtud de ese derecho se adquiera, corresponda también á la misma.

No se expresa en este número, como en los demás, que el derecho de retracto haya de corresponder á la mujer por razón de su dote, pero es preciso entenderlo así. Si el derecho perteneciera á la mujer por razón de sus bienes parafernales, lo adquirido sería parafernal, con arreglo al precepto más general del núm. 3.º del art. 1396. La ley no presume el carácter dotal en los bienes, ni cabe que un derecho parafernal se sustituya ó subrogue con un inmueble dotal, sin que se aporte ni adquiera en tal concepto.

El retracto puede ser convencional ó legal, y á ambos se refiere el art. 1337, puesto que no distingue; pero se trata siempre de bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio, lo cual obliga á limitar algo el alcance del precepto, no considerándole extensivo al retracto de créditos litigiosos consentido en el art. 1535, puesto que además corresponde á deudores, y una deuda no puede nunca constituir un bien dotal.

Si, pues, á la mujer corresponde el derecho de retraer una finca que se vendió con pacto de retro, y ese derecho fué aportado ó adquirido con carácter dotal; si se ejercita el retracto legal entre condueños, ó entre colindantes, ó en caso de enfiteusis, por razón de una finca dotal que la mujer poseía proindiviso ó inmediata á otra menor de una hectárea, ó del dominio directo ó útil que en igual concepto le corresponde, el inmueble que se adquiera ordena la ley que tenga también el carácter dotal, procurando así la ventaja de aumentar el capital de la mujer.

Pero en todos estos casos se presenta como regla general lo que en la permuta considerábamos como excepción. Lo mismo el retracto voluntario que el legal, exigen un sacrificio pecuniario, la entrega de una cantidad para retraer. Si esa cantidad se paga con fondos de la dote, no puede haber cuestión, con arre-

glo á este número y al núm. 4.º del mismo artículo; pero si se paga con fondos comunes ó con dinero del marido, ¿será también el inmueble dotal?

Entendemos que la cuestión no es dudosa. Lo dice la ley, y no cabe distinguir cuando ella no distingue. Pudo no prever el legislador el caso en que los bienes permutados fuesen de diferente valor; no pudo menos de tener en cuenta que el ejercicio del retracto exige el reembolso del precio y de los gastos ocasionados. Y es que existe la misma razón, y aun otra importantísima, para dictar la regla. Supongamos que el metálico procede del capital del marido: si por esa razón se asignase á él el inmueble adquirido por el retracto, resultaría que no se había conseguido hacer desaparecer la indivisión de la finca ó la desmembración del dominio. La mujer ejercitó el retracto en virtud de un derecho propio, tiene que conservar lo suyo, derecho voluntario de retraer, parte indivisa de finca, dominio útil ó directo, ó terreno colindante, y, sin embargo, el objeto del retracto no se conseguiría, porque continuarían separados los derechos, ó los dominios, ó las fracciones indivisas, ó los terrenos pequeños y contiguos, dando en suma el derecho adquirido á quien legalmente no tenía títulos para resolver la venta efectuada. Esto no podía ser así; la regla del núm. 2.º del art. 1337 se imponía al legislador, quien no podía proceder de otro modo: el derecho es de la mujer, y sólo ella puede adquirirlo; si el metálico que se entregó no era suyo, lo deberá á quien se lo facilitó, ni más ni menos que otro cualquier retrayente en casos análogos, y si antes no se reintegra, se tendrá en su día en cuenta en la necesaria liquidación de la sociedad conyugal.

Pero hay un retracto en cierto modo excepcional: el del derecho hereditario, consagrado en el art. 1067. ¿Estará comprendido en el 1337? No se trata de la adquisición de un inmueble; pero ese derecho se considera como real, y puede recaer sobre bienes inmuebles. Supongamos que á la mujer se le deja una herencia que debe tener, con arreglo á la voluntad del testador, el carácter dotal; que un coheredero vende su parte ó derecho á

un extraño en el período de indivisión, y que la mujer ejercita el retracto. Este es el caso que puede ofrecer duda con relación al núm. 2.° del art. 1337, y creemos que hay que aplicar su regla. El derecho hereditario ó la parte de él retraída no puede corresponder más que á la mujer; el precio dado podrá ser ganancial, ó privativo en todo ó en parte del marido; pero esto no influye en la cuestión. Sólo podría caber duda en el caso de pagar la mujer con sus bienes parafernales, porque entonces, aun siendo lo adquirido de la mujer, podría no tener el carácter dotal; pero puesto que el derecho se ejercita por razón de bienes dotales, el aumento, en este caso como en todos los análogos, tiene también, con arreglo al art. 1337, el concepto dotal.

TERCERO. *Dación en pago de la dote.*—Este número apenas necesita explicación. Ofrecida ó prometida la dote en determinada cantidad, se entregan en pago bienes inmuebles durante el matrimonio. Poco importa que esa entrega ó dación sea voluntaria ó forzosa: esos inmuebles representan parte de la dote, y tienen naturalmente el carácter dotal.

CUARTO. *Compra con dinero perteneciente á la dote.*—Es metálico dotal que se convierte en finca de igual carácter.

El dinero puede pertenecer á la dote, ya en el caso de haberse constituído en todo ó en parte en metálico ó valores, ya en el de proceder de la venta de bienes dotales, ó de cobro de créditos, ó de rentas sobrantes de inmuebles de ese carácter.

Véase el núm. 1.° de este artículo y el 4.° del art. 1396, donde aparece más clara la idea del legislador.

Otros casos.—El art. 1337 no se ocupa del caso de división material de fincas dotales poseídas en común por la mujer, por creerlo innecesario. Es indudable que, con arreglo al art. 450, la parte determinada que se adjudique á la mujer sustituye á la parte indivisa que le correspondía. Lo mismo ocurre en caso de partición de herencia.

Si por tratarse de bienes indivisibles ó que desmerezcan mucho por su división, se impone la venta de una cosa común dotal y se adquiere por el matrimonio, hay que tener en cuenta,

puesto que se han de admitir licitadores extraños, que deben seguirse las reglas generales relativas á la compra, y no las especiales relativas al retracto y consignadas en este artículo, pues no puede decirse que la adquisición se realice en virtud de un derecho exclusivo de la mujer. Así, pues, si se compra con dinero de la dote, los bienes serán dotales; en otro caso, no.

El Código francés, que no preve el caso de retracto, sienta en su art. 1408 una regla especial: la adquisición hecha durante el matrimonio á título de licitación ú otro cualquiera, de parte de un inmueble perteneciente proindiviso á uno de los esposos, no es ganancial *(conquet)*. Se funda el precepto en que la licitación tiene por objeto hacer cesar la indivisión, y ésta continuaría si la parte no perteneciente á uno de los cónyuges se estimase pertenecer á la comunidad, ó sea á ambos esposos, cuando con fondos de la misma se compra. Lo adquirido se hace privativo del cónyuge copropietario, con la carga de indemnizar á la comunidad de la suma tomada para la adquisición.

Como se ve, el caso no es idéntico al propuesto. En el artículo 1408 del Código francés se trata de adquisición de parte proindiviso de un inmueble, lo cual se relaciona más con el retracto, y nosotros nos referimos á la compra en pública subasta de una finca entera cuya indivisión se quiere hacer cesar. Aunque lo adquirido sea de la comunidad, la indivisión cesa, y á la parte de inmueble que pertenecía á la mujer sustituye su equivalente en metálico. El caso no podemos estimarlo comprendido en ninguno de los números de nuestro art. 1337, á no realizarse la compra con dinero de la dote.

En caso de expropiación forzosa de parte de un inmueble dotal, á la porción expropiada sustituye su precio.

C) *Códigos extranjeros.*—Nuestro art. 1337 parece tomado del 2261 del de Méjico. Sin embargo, el núm. 2.° de este artículo sólo se refiere á la retroventa ó retracto voluntario, y el 4.° exige el consentimiento de la mujer. El art. 2262 añade: «En los casos 1.° y 2.° del artículo anterior, si el dinero empleado no fuese de los bienes dotales, se pagará de los propios de la

mujer, ó se le descontará de ella al hacerse la liquidación de su haber.»

Los artículos 1376 y 1377 del Código de Venezuela, 1370 del de Alemania, y 1727 y siguientes del de Chile, como los 1407 y 1408 del de Francia, se refieren, no sólo á la dote, sino á los bienes privativos de cada cónyuge, por lo que se relacionan más propiamente con nuestro art. 1396.

El art. 1559 del Código francés y el 1406 del de Italia, aceptan para la permuta de bienes dotales el mismo criterio que el nuestro. En cambio, los 1553 del primero y 1403 del segundo, declaran en principio que los inmuebles comprados con dinero de la dote ó recibidos en pago de la misma, no deben considerarse como dotales, á no reunirse determinadas condiciones en la adquisición.

ARTÍCULO 1338

Pueden constituír dote á favor de la mujer, antes ó después de contraer el matrimonio, los padres y parientes de los esposos y las personas extrañas á la familia.

También puede constituirla el esposo antes del matrimonio, pero no después.

ARTÍCULO 1339

La dote constituída antes ó al tiempo de celebrarse el matrimonio se regirá, en todo lo que no esté determinado en este capítulo, por las reglas de las donaciones hechas en consideración al mismo. La dote constituída con posterioridad se regirá por las reglas de las donaciones comunes.

A) *Precedentes legales.*—Con relación al art. 1338, puede citarse la ley 1.ª, tít. 11, Partida 4.ª, en la parte siguiente: «Mas las dotes é las donaciones que faze el marido á la muger é la muger al marido, assi como de suso diximos, se pueden fazer

ante que el matrimonio sea acabado ó despues, é deuen ser fechas egualmente, fueras ende si fuera costumbre vsada de luengo tiempo en algunos lugares de las fazer de otra manera. E si por auentura despues que el matrimonio fué acabado, el marido quissiere crescer la donacion á la muger, ó la muger la dote al marido, puédenlo fazer egualmente assi como sobredicho es.»

Sobre el art. 1339 no existen precedentes.

B) *Comentario.*—La dote puede constituirse por la mujer con sus propios bienes, por el marido, ó por otras personas. Prescinde el Código en estos artículos de la constitución de dote por la mujer, por creer suficiente lo expuesto en el 1336. Fuera de lo que la mujer aporte al matrimonio como dote, sólo puede tener ese carácter lo que adquiera después por donación, herencia ó legado, si en ese concepto se dona ó lega. Después de celebrado el matrimonio la mujer no puede constituir dote con sus bienes propios, no puede convertir en dotales los bienes que como parafernales se reservó, ó con igual carácter adquiere.

Los artículos 1338 y 1339, relacionados entre sí, repiten ideas ya conocidas, por el estudio que hemos hecho de los artículos 1327 al 1335. Los esposos sólo pueden hacerse donaciones antes de la celebración del matrimonio; después les están prohibidas; la dote es en su origen una donación: luego el marido no puede constituir dote á su mujer después de casados. Esto es perfectamente lógico, y no lo era el sistema de las Partidas.

Por otra parte, los cónyuges durante el matrimonio pueden recibir donaciones de terceras personas, y no hay inconveniente en que esas donaciones se hagan en concepto de dote ó aumento de dote. No hay más que una diferencia: las donaciones hechas á los cónyuges después de casados, no son donaciones por razón de matrimonio: luego han de regirse por los preceptos relativos á las donaciones en general.

Esto no quiere decir que no sean aplicables las reglas del capítulo que examinamos. Se trata de bienes que por voluntad del donante tienen el carácter dotal, y si bien la forma de hacerlas, sus limitaciones y sus causas de revocación, han de ser

las consignadas en los artículos 624 al 656, respecto á su entrega al marido, destino especial, aseguramiento, restitución, etc., se siguen las reglas particulares de la dote. De otro modo resultaría que los padres, parientes ó extraños, podrían hacer donaciones á los cónyuges durante el matrimonio, pero no constituir dote, contra el precepto expreso del art. 1338. Lo que ocurre es que las reglas de la dote ya constituída, son independientes de las de las donaciones en general ó por razón de matrimonio.

Por lo demás, no debe olvidarse que, aunque estos artículos sólo se refieren á dotes constituídas por donación, no es la donación la única fuente de bienes dotales, pues por legado ó herencia cabe que se constituya también dote ó se aumente durante el matrimonio. El legislador no cree necesario determinar que en tales casos serán aplicables en principio, ó con independencia de las reglas de este capítulo, las de la sucesión testamentaria.

Discútese sobre la naturaleza del contrato de constitución de dote. Fiore distingue entre la dote constituída por la mujer en favor del marido, y la constituída por un tercero en favor de los cónyuges. En el primer caso considera que se trata de un contrato bilateral y á título oneroso, porque en él la mujer transfiere al marido por lo menos el usufructo y administración de los bienes dotales, y el marido se obliga á proveer á las necesidades de la familia. En el segundo caso, dice, la constitución de dote consta de dos actos distintos, de diversa naturaleza jurídica. Con relación á la mujer, la dote constituída por un tercero es desde luego un acto unilateral y á título gratuito. Con relación al marido, se trata de un acto bilateral á título oneroso, porque el marido recibe la dote y asume las obligaciones que de la misma se derivan, interviniendo como contratante directo ó inmediato. Sólo en el caso de constituirse la dote durante el matrimonio, admite Fiore la naturaleza gratuita del acto, porque las obligaciones del marido nacieron antes y con independencia de esa donación, no ejerciendo ya ésta en ellas influencia alguna. De aquí deduce la importante conclusión de que en general,

con relación al esposo, el acto no es rescindible, aun resultando perjuicio para acreedores, mientras no se pruebe la complicidad del marido en el fraude.

Otros autores sostienen que, aun con relación al marido, la constitución de dote por un tercero es un título gratuito, por cuanto por una parte el donante no obtiene nada en equivalencia de lo que da, y por otra la obligación en el marido de proveer á las necesidades de la familia, no nace de la dote, sino del matrimonio, que es cosa muy distinta, y de un orden más elevado, teniendo que cumplir ese deber aunque no existan bienes dotales.

A su vez, Laurent manifiesta que es inútil discutir si el marido es un adquirente á título oneroso ó lucrativo, puesto que en el acto de constitución de dote por un tercero, no figura como causahabiente del constituyente, no es un contratante directo, es un tercero que deriva su causa de la esposa. Se trata de una donación hecha en favor de la mujer, y si resulta fraudulenta ó en perjuicio de acreedores, se puede rescindir desde luego, y resuelto el derecho de la mujer, caen por tierra las facultades y derechos del marido, sin que sea necesario probar su complicidad.

Los artículos que examinamos se ocupan de la fuente más importante de la dote, que son las donaciones, y en último término, con arreglo á los artículos 1328 y 1339, son siempre aplicables las reglas de las donaciones en general. A estas debe acudirse, puesto que ni en el capítulo de la dote ni en el de las donaciones por razón de matrimonio se encuentra ningún precepto especial que resuelva la duda. Puesta la cuestión en este terreno, cabría preguntar si la dote debe calificarse de donación con causa onerosa, para estimarla comprendida en tal caso en el art. 622, y sujetarla en su consecuencia á las reglas de los contratos.

Esta pregunta equivaldría á enredar más la cuestión volviendo al principio. Las donaciones todas por razón de matrimonio, que muchos sostienen se fundan en una causa onerosa,

tengan ó no carácter dotal, se rigen según el art. 1328 por las reglas de las donaciones; de modo que, sean ó no onerosas, lo que no nos importa discutir, hay un precepto especial que expresamente determina que se les apliquen, no las reglas de los contratos, sino las de las donaciones. Ese precepto se halla confirmado por el del 1339, y ambos excluyen por completo el del art. 622.

Bajo esta base aceptamos una opinión contraria á la de Fiore. Toda donación por causa de matrimonio, ya se entreguen ó no al marido los bienes para que los administre, con ó sin carácter dotal, y considérese ó no como contrayente directo, es un título gratuito. Las obligaciones del marido en la sociedad conyugal compensan sus derechos, y existen haya ó no dote, medien ó no donaciones, por lo que no pueden mirarse como un equivalente que imprima al acto el carácter de oneroso. Si el tercero que dota á la mujer obra en fraude de acreedores, su donación es rescindible como otra cualquiera que realice, ni sería justo que un deudor de mala fe pudiese librarse de sus obligaciones y perjudicar impunemente á sus acreedores por el cómodo medio de una constitución de dote. Otros caminos simulados, más ó menos peligrosos, tiene la mala fe, para que se le presente uno llano y sencillo de defraudar intereses legítimos.

Hay casos en que la dote es obligatoria: ¿constituirá entonces un título oneroso? De ningún modo. La falta de espontaneidad es cosa distinta del título oneroso, y antes que la obligación de dotar está la obligación de pagar deudas legítimas. La cuantía de la dote obligatoria sólo puede fijarse en proporción al caudal líquido ó deducidas deudas de los padres.

Afirma en absoluto la opinión que en general sostenemos, el número 2.° del art. 40 de la ley Hipotecaria, según el cual las constituciones dotales se entienden siempre enajenaciones á título gratuito.

C) *Códigos extranjeros.*—El art. 1141 del Código de Portugal prohibe en general la constitución de dote después de celebrado el matrimonio.

Los 1391 del Código de Italia y 1542 del francés sólo establecen la prohibición con relación á los esposos entre sí.

En cambio, los artículos 2252 y 2253 del Código de Méjico y 1115 del de Guatemala establecen en general que la dote puede constituirse antes ó después de la celebración del matrimonio.

Del art. 1339 no encontramos concordantes.

ARTÍCULO 1340

El padre ó la madre, ó el que de ellos viviese, están obligados á dotar á sus hijas legítimas, fuera del caso en que, necesitando éstas el consentimiento de aquéllos para contraer matrimonio con arreglo á la ley, se casen sin obtenerlo.

ARTÍCULO 1341

La dote obligatoria á que se refiere el artículo anterior, consistirá en la mitad de la legítima rigorosa presunta. Si la hija tuviere bienes equivalentes á la mitad de su legítima, cesará esta obligación; y si el valor de sus bienes no llegare á la mitad de la legítima, suplirá el dotante lo que falte para completarla.

En todo caso queda prohibida la pesquisa de la fortuna de los padres para determinar la cuantía de la dote, y los Tribunales, en acto de jurisdicción voluntaria, harán la regulación sin más investigación que las declaraciones de los mismos padres dotantes y la de los dos parientes más próximos de la hija, varones y mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna, residentes en la misma localidad ó dentro del partido judicial.

A falta de parientes mayores de edad, resolverán los Tribunales, á su prudente arbitrio, sólo con las declaraciones de los padres.

ARTÍCULO 1342

Los padres pueden cumplir la obligación de dotar á sus hijas, bien entregándoles el capital de la dote, ó bien abonándoles una renta anual como frutos ó intereses del mismo.

ARTÍCULO 1343

Cuando el marido solo, ó ambos cónyuges juntamente, constituyeren dote á sus hijas, se pagará con los bienes de la sociedad conyugal; si no los hubiere, se pagará por mitad, ó en la proporción en que los padres se hubieran obligado respectivamente, con los bienes propios de cada cónyuge. Cuando la mujer dotare por sí sola, deberá imputarse lo que diere ó prometiere á sus bienes propios.

A) *Precedentes legales.*—Sirven de precedentes las leyes 8.ª y 9.ª del tít. 11, Partida 4.ª; la 53 de Toro (4.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación), y el art. 10 de la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820.

Con arreglo á estas leyes se admitía en el derecho antiguo, que estaban obligados á constituir dote:

1.º El padre en todo caso.

2.º La madre en defecto del padre, ó sea al corresponderle la patria potestad: doctrina deducida del fundamento de la obligación de dotar y de la ley de Matrimonio civil. Según las Partidas, sólo se le imponía á la madre la obligación siendo mora, hereje ó judía y la hija cristiana. Los autores admitían también ese deber en el caso de ser la madre rica y carecer el padre de bienes.

3.º El abuelo ó el bisabuelo paterno en favor de su nieta ó biznieta, si éstas no tenían bienes propios suficientes para constituir dote.

4.º El tutor ó curador, si bien sólo con los bienes de su pupila.

5.º El hermano en favor de la hermana, siendo aquél sucesor legítimo y poseedor del todo ó de la mitad de los bienes de un mayorazgo, en determinadas condiciones.

La ley 53 de Toro sentaba una doctrina parecida á la del art. 1343.

La dote constituída por el padre debía pagarse con bienes gananciales, á no expresar que dotaba con sus propios bienes ó no existir gananciales. Asociándose la mujer á la constitución dotal, la regla era en principio la misma, y al no haber gananciales, debía sacarse de los bienes de ambos cónyuges.

B) *Comentario.*—De los arts. 1340 al 1343 se deduce una nueva división de la dote, aceptada también en nuestras antiguas leyes: *obligatoria* ó *necesaria* y *voluntaria*. Aquélla se ha establecido únicamente en favor de las hijas legítimas y á ella se refieren dichos cuatro artículos, que, por la relación que tienen entre sí, vamos á examinar en este comentario.

I.—*Ideas generales sobre la dote obligatoria.*

La mayoría de los códigos, aun los que miran con predilección el régimen dotal, consideran la dote como una donación voluntaria. No hablemos de Chile, Alemania y Venezuela, que sólo se refieren á bienes privativos de los cónyuges. En los códigos de Francia, Holanda, Portugal, Guatemala y Méjico, y aun en el de Italia, no se encuentra ningún precepto que establezca la dote como obligatoria. Nuestro Código ha aceptado en esta parte los precedentes patrios, aunque modificándolos. Ya sólo tienen obligación de dotar los padres, nunca los otros ascendientes, ni los hermanos, ni el tutor, y se ha procurado limitar algo la cuantía obligatoria; pero al mismo tiempo el legislador ha preferido, en interés de los padres, determinar la única forma posible de exigir el cumplimiento de esa obligación y de fijar su importancia.

Mucho se han criticado las disposiciones del Código en esta materia; pero hay que tener en cuenta que obedecen al sistema

aceptado por el legislador, de declarar la dote obligatoria en los padres. Ha creído el legislador que los padres no deben consentir por propio decoro, cuando tienen bienes, en entregar sus hijas á un marido sin darles algo que les ayude á vivir, algo que afirme su propia personalidad, su independencia, su participación en los gastos de la familia y en las cargas de la sociedad; ha creído que este algo significa sólo un pequeño sacrificio, que se compensa con las obligaciones que en los padres se extinguen al casar á sus hijas, y al marido pasan por el matrimonio; ha estimado que, en suma, se trata de continuar el deber de alimentación y de anticipar en parte la legítima, y bajo estas bases impone la obligación de dotar.

Una vez en este terreno, había que señalar un límite, y cualquiera que este fuese, habría tenido inconvenientes, porque una cuota fija era desentenderse en absoluto de la desigual fortuna de cada familia, y una cuota proporcional á los bienes requería la investigación de esos bienes. Escogido este medio, y queriendo huir el legislador de todo sistema inquisitivo de la fortuna de los dotantes, prohibió en absoluto tal investigación; pero, ante el temor de que los padres pudiesen verse molestados con demandas y juicios costosos para exigirles el cumplimiento de su obligación, hubo de marcar un procedimiento sencillo y dictar reglas especiales, las más suaves posibles, para que se llevase á efecto, caso de resistencia por los padres y de inconsideración ó tenacidad de los hijos, el precepto legal. Este sistema se completó con las siguientes limitaciones: 1.ª Permitir á las personas obligadas á dotar que pudiesen entregar un capital ó señalar una renta. 2.ª Librar á los padres de su obligación cuando sus hijas contrajesen matrimonio sin el consentimiento debido, ó cuando ellas tuviesen un capital propio suficiente.

No defendemos ni atacamos el sistema del Código: ponemos la cuestión en su justo terreno, para que, sin apasionamiento ni prevención, se pueda juzgar imparcialmente.

Examinemos el contenido de los arts. 1340 á 1343.



II.—*Personas obligadas á dotar.*

El padre ó la madre, ó el que de ellos viviese, están obligados á dotar á sus hijas legítimas, dice el art. 1340. La dote es voluntaria respecto á toda otra persona, inclusos el marido, los ascendientes de segundo ó ulterior grado, los padres naturales ó ilegítimos, los parientes, los tutores y los extraños.

La obligación se impone, en caso de vivir el padre y la madre, á ambos, ó sea á cualquiera de ellos, no al uno en defecto del otro, y en caso de vivir uno solo, al que de ellos viviese. El objeto de la ley es hacer más fácil el cumplimiento de la obligación. Al mismo tiempo se consigue hacer esa obligación más eficaz, porque, si viviendo el padre y la madre se impusiese á aquél solamente el deber de dotar derivándolo de su patria potestad, podría darse el caso de quedar indotada la hija, aun teniendo la madre cuantiosos bienes.

La obligación aparece impuesta en el art. 1340 de un modo alternativo, pero lo mismo al padre que á la madre. Basta, como hemos dicho, que cualquiera de ellos la cumpla; pero si ambos se niegan, ¿podrá reclamarse á uno solo? La redacción dada al artículo así lo autoriza: parece, no obstante, lo más natural que se pida á uno y otro (puesto que los dos están obligados), á fin de que se constituya la dote por ambos ó por cualquiera de los padres. Resulta algo anómalo que viviendo el padre, ejerciendo la patria potestad y siendo el jefe en el matrimonio, pueda pedirse la dote exclusivamente á la madre, y obligarla á pagar, con arreglo al art. 1343, aun habiendo bienes comunes, con sus bienes propios.

El proyecto de Código de 1851 decía: «Están obligados á dotar el padre *y* la madre.» Sin embargo, Goyena, comentándole, sostenía que la madre sólo estaba obligada á dotar en defecto del padre, ó siendo éste pobre y ella rica. Este criterio parece el más racional atendiendo á lo preceptuado en el art. 1343, según el cual, cuando sólo la madre dota (se entiende por su vo-

luntad), paga la dote con sus bienes. El objeto de la ley es, como hemos dicho, facilitar el cumplimiento de la obligación, para que los cónyuges obren de acuerdo conociendo su deber. Si no hay acuerdo, ó el marido solo constituye la dote, la obligación debe pesar sobre los gananciales en primer término, como lo declara dicho art. 1343. Véase también el art. 1409.

Por todo lo expuesto, aconsejamos que, en caso necesario, no se reclame sólo contra uno la dote que es obligación de los dos. La ley no prohibe que el padre y la madre juntamente constituyan la dote necesaria; lo que hace es permitir que pueda constituirla cualquiera de los dos.

III.—*Bienes con que debe pagarse la dote necesaria.*

El art. 1343 determina los bienes de que ha de pagarse la dote obligatoria, atendiendo á los distintos casos que pueden ocurrir.

Cuando la dote se constituye por ambos cónyuges, debe pagarse con bienes de la sociedad conyugal. Usa la ley este término en contraposición al de bienes propios ó privativos de cada cónyuge. Bienes de la sociedad son bienes comunes, bienes gananciales, pues aun cuando propiamente no puede saberse si habrá ganancias hasta la disolución del matrimonio, pueden conocerse en cada momento los bienes que ante la ley tienen ese concepto. Si sólo hay en la sociedad bienes privativos de cada cónyuge, la dote la pagarán ambos por mitad, salvo si hubiesen convenido en constituirla en distinta proporción, en cuyo caso se cumple ante todo su voluntad.

Cuando la dote se constituya por el padre, la regla es la misma, pues la ley supone que obra como jefe de la sociedad conyugal, y no exclusivamente en su propio nombre, lo cual no obsta á que dote sólo con sus propios bienes si tal es su voluntad. Otro caso hay en que ocurrirá así, y es cuando, constituyendo el padre la dote, no haya bienes gananciales ni bienes privativos de la mujer, porque aunque la ley no lo exprese, no cabe otra solución.

Ahora bien: si es la madre solamente la que constituye la

dote, como no puede obligar en casos normales á la sociedad conyugal, la regla tiene que ser distinta, y pagará con sus bienes propios. La naturaleza misma del precepto indica que se trata de casos en los que, ó no existe el padre, ó carece de bienes, ú obra voluntariamente la mujer.

En efecto: partiendo de la base de ser obligatoria la dote en los padres, el precepto del art. 1343 ha de servir para ayudar á la interpretación del 1340. La obligación afecta en primer término á la sociedad conyugal; no se concibe siquiera que habiendo bienes comunes, pueda obligarse á la madre á dotar ella sola con sus bienes propios.

Las reglas expuestas en el art. 1343 no ofrecen dificultad alguna; pero todas ellas parten de la base de subsistir la sociedad conyugal, regir el sistema de gananciales y obrar de acuerdo los padres en cuanto á la constitución de una dote, que no puede olvidarse que es obligatoria.

Si la sociedad conyugal se ha disuelto por muerte de uno de los cónyuges, la obligación de dotar es sólo del sobreviviente, y sea el padre ó la madre, la dote habrá de ser pagada con sus bienes, pues ya no cabe hablar de bienes comunes ni de pago por mitad ó partes proporcionales. Lo que sí puede ocurrir en este caso es que la desposada tenga bienes propios y no se imponga la dote necesaria.

En caso de separación de bienes en el matrimonio de los padres, la dote se pagará por mitad ó proporcionalmente si se constituye por ambos, ó con bienes propios del constituyente si fuese uno solo de ellos.

Si impera en el matrimonio de los padres el sistema de comunidad absoluta, el pago ha de hacerse forzosamente con bienes comunes.

Si media divorcio entre los cónyuges, rigen las reglas relativas á la separación de patrimonios.

El caso de nulidad del matrimonio debe equipararse al de muerte en lo relativo á la carencia de gananciales, y á la separación de bienes en cuanto á la manera de pagarse la dote.

Si por razón de tutela, ausencia ó interdicción del marido pasa á la mujer la administración de los bienes del matrimonio, ella será la obligada á dotar, y pagará con bienes comunes si los hay y no quiere hacerlo con su propio caudal.

Cuando los padres, viviendo ambos y pudiendo dotar, no se prestan voluntariamente á constituir la dote necesaria, ya hemos dicho que debe exigirse á ambos, ó al jefe de la sociedad conyugal, el cumplimiento de la obligación que, aunque alternativamente, se impone á los dos, y la dote habrá de pagarse con fondos comunes, ó por mitad ó proporcionalmente, según los casos, salvo no existiendo bienes gananciales ni propios de uno de los cónyuges, pues entonces forzosamente habrá de dotar el otro.

IV. *Casos en que no tienen los padres obligación de dotar.*

La obligación de dotar los padres á sus hijas legítimas cesa en los casos siguientes:

1.° Cuando la hija tenga bienes propios suficientes á cubrir el importe de su dote necesaria.

2.° Cuando se case sin obtener el consentimiento debido.

3.° Cuando se pacte por los cónyuges ó se imponga por la ley el sistema de separación absoluta de patrimonios.

4.° Cuando rija en el nuevo matrimonio el sistema de comunidad absoluta.

Los dos primeros casos se comprenden en los arts. 1340 y 1341. Los otros dos son lógicos y naturales, pues donde no cabe la dote, no puede haber obligación de dotar.

Véase el art. 50 del Código. De él se deduce, á nuestro juicio, que no sólo en el caso de contraer la hija matrimonio sin obtener el consentimiento de sus padres, cesa la obligación de dotar, sino también cuando, siendo mayores de veintitrés años, se casan sin solicitar el consejo debido, y en general, siempre que se imponga la absoluta separación de patrimonios por casarse contra las prohibiciones expresadas en el art. 45, en cuanto puedan tener aplicación.

En cambio, si la hija mayor de 23 años contrae matrimonio á pesar del consejo desfavorable de sus padres solicitado oportunamente, no pierde por ello el derecho de exigir la constitución de dote, con arreglo al art. 1340, pues este caso no puede comprenderse en su excepción ni en el precepto del art. 50.

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Marzo de 1898, aunque con relación á un caso anterior al Código, declara que, tanto antes como después de la vigencia de éste, se entiende cumplida por los padres la obligación de dotar, cuando anticipan á la hija el todo ó parte de su legítima. Como hemos expuesto, teniendo la hija bienes propios, cesa esa obligación, y consistiendo su cuantía en la mitad de la legítima rigurosa presunta, al tenerles abonada al menos esa cuota, no cabe exigirles más.

Cuando la hija tiene bienes propios, pero no suficientes, es obligación de los padres completar lo que pueda faltarle atendiendo á la cuantía que debe legalmente tener.

Cesa naturalmente la obligación de dotar una vez cumplida. Por eso, dotada la hija al contraer su primer matrimonio, no puede exigir naeva dote, aun cuando carezca de bienes propios, si enviuda y se vuelve á casar. Ahora bien: si nada hubiese recibido en sus primeras nupcias, cabría que pidiese al contraer segundo matrimonio el cumplimiento de una obligacíón que no había sido satisfecha; ¿estará el padre obligado á dotar? La ley no preve este caso, y aun cuando puede sostenerse la opinión contraria, nosotros creemos que cumplida una vez la obligación, no es posible exigir que se repita en cada nuevo matrimonio; pero que no habiéndose cumplido por cualquier causa en una primera unión, la equidad aconseja conceder ese derecho á la hija en su segundo matrimonio, siempre, es claro, que se reunan las demás condiciones legales de la dote necesaria.

V.—*Cuantía de la dote obligatoria.*

La dote obligatoria, dice el artículo 1341, consistirá en la mitad de la legítima rigurosa presunta.

No es fácil ciertamente determinar el importe de esa legíti-

ma, pero la ley tampoco exige una determinación exacta. Desde el momento de la constitución de la dote hasta el de la muerte de los dotantes, imposible es prever las oscilaciones que sufrirá la fortuna de los padres: oscilaciones que pueden producir el efecto de aumentar extraordinariamente la legítima, ó de anularla. Lo normal y ordinario es, sin embargo, que el capital de los padres se conserve el mismo con pequeñas variantes, y eso es, por consiguiente, lo que hay que presumir. En su día, ó sea en la época de la muerte de cualquiera de los donantes, se determinará con exactitud la legítima y se procederá á completarla ó á reducirla si fuese necesario. Como la dote consiste en la mitad de la legítima rigurosa correspondiente en su día á la hija, el perjuicio de un error nunca puede ser grande, pues se trata de una porción pequeña dentro de la herencia.

Aunque la ley habla en abstracto de la mitad de la legítima corta, no se refiere en todo caso á la sexta parte del caudal, sino á la porción que dentro de ella deba corresponder á la hija, atendiendo al número de hermanos que existan en el momento de la donación. No cabe racionalmente otra interpretación, porque de la dote y de la legítima de esa hija se trata, y porque si un padre tuviese nueve hijas, no sería posible obligarle á que diese en dote nueve veces la sexta parte de su caudal. También en este punto cabe que aumente ó disminuya el número de herederos forzosos desde la época de la dote; pero debe presumirse lo más racional: la muerte de los padres antes que la de los legitimarios.

En evitación, pues, de cálculos fantásticos, debe estimarse como legítima presunta la que correspondería á la hija en el momento de la donación. Así hay una base fija de que partir, ya que es de todos modos imposible fijar la legítima verdadera. Al constituirse la dote se ha de atender á dos factores esencialísimos: 1.°, la fortuna de los padres; 2.°, el número de hermanos de la dotada. A su vez, para apreciar el caudal, debe seguirse un cálculo parecido al que se establece en el art. 818, esto es, bienes menos deudas, ó diferencia entre el activo y el pasivo,

aumentando después las donaciones colacionables. Si con esta operación se obtienen 30.000, por ejemplo, y hay cuatro hijos, la legítima corta ó rigurosa serán 10.000, y la correspondiente á cada hijo 2.500, cuya mitad son 1.250, cuantía en tal caso de la dote obligatoria.

Pero el art. 1341, en esta parte, da lugar á otra duda de importancia, al relacionarle con el 1340 y el 1343, y bajo el supuesto de que vivan el padre y la madre. ¿Se trata de la mitad de la legítima rigurosa presunta en la herencia de aquel que de ellos constituya la dote, ó en la herencia de ambos? Si lo primero, dotando el que apenas tenga bienes, la hija puede sufrir un perjuicio enorme, quedando el precepto casi ilusorio. Si lo segundo, el que dote, sobre todo si es la madre, tendrá que pagar con bienes propios una especie de anticipo de legítima en una herencia que no es la suya. Además, el procedimiento que hemos fijado para apreciar el importe de la mitad de la legítima rigurosa presunta, es relativamente sencillo si sólo se trata de calcular el caudal de ambos padres; pero para determinar el de uno solo hay que proceder á una liquidación provisional de la sociedad conyugal, que complicaría bastante la cuestión. Es cierto que en los párrafos segundo y tercero del mismo art. 1341 se habla de la fortuna de los padres, y parece suponerse que ambos son dotantes; pero aparte de que puede serlo uno solo, y de que para apreciar el caudal de uno de los padres es siempre necesario conocer el de los dos y el común, meras deducciones no equivalen á una regla segura.

La índole excepcional del precepto obliga á interpretarle restrictivamente. Cumplida de un modo voluntario la obligación, el caso no ofrece dificultad alguna: la dote será mayor ó menor según lo que á la hija corresponda por razón de ambas legítimas ó de una sola, y puesto que existe conformidad en lo que se da y en lo que se recibe, es indiferente el precepto del artículo. Pero, cumpliéndose de un modo forzoso el deber, como éste se impone por la ley al padre ó á la madre, si solo se demandase á uno de ellos, parece lógico y conforme á los buenos principios

que, para fijar la cuantía de esa dote y pagarla en tal caso, sólo se atienda al caudal propio del cónyuge obligado y condenado á constituirla. Sin embargo, cuando dote el padre solo, viviendo la madre, y existan bienes comunes, con ellos se pagará la dote, como ordena el art. 1343, lo mismo que cuando sean ambos los dotantes, y, por consiguiente, habrá de fijarse la cuantía de la dote con relación á la herencia del padre y de la madre, observándose lo demás que para este caso previene dicho artículo.

La ley procura facilitar á los padres el cumplimiento de su obligación, y con esta idea se halla redactado el art. 1342, según el cual pueden entregar á sus hijas un capital como dote, ó abonarles una renta anual en concepto de frutos ó intereses del mismo, medio éste que puede serles más cómodo y sencillo. La elección, como es natural, corresponde á los padres.

Si acuerdan entregar un capital, puede consistir en metálico ó en otra clase de bienes que produzcan utilidad. La ley no distingue, y por lo mismo al deudor incumbe cumplir su obligación en la forma que mejor le convenga, sin que la hija pueda exigir que sea precisamente en dinero. Ahora bien: como el objeto de la dote es ayudar á sostener las cargas del matrimonio, no cabe entregar cosas improductivas, porque equivaldría á no entregar nada.

Si optan los padres por abonar una renta anual, fijarán de acuerdo su importe, en relación con el producto de los bienes de los dotantes. Pero si el acuerdo no se consigue, el capital en que se fije la dote debe producir en concepto de frutos ó intereses el 5 por 100, que es el interés legal, y por tanto, el que en caso de duda debe estimarse procedente.

Puede ocurrir que los padres quieran tener en su compañía á los futuros esposos, y conformes éstos, reciban de aquéllos los alimentos necesarios con más ó menos extensión. ¿Se entenderá así cumplida la obligación de dotar? No es posible dar una respuesta categórica: puede estar cumplida con exceso, y puede no ser suficiente, según la fortuna de los padres y los gastos á que atiendan. Si notoriamente fuese inferior la renta, que esos

gastos representan, á la que debe producir la dote en la cuantía marcada por el legislador, hay derecho á pedir más. En todo caso, al cesar ese estado, al abandonar la hija la compañía de sus padres, la entrega del capital dotal ó el abono de su renta se impone nuevamente.

Por último, haremos constar que en ningún caso pueden los dotantes exigir de los nuevos esposos que vivan en su compañía, al efecto de cumplir así su obligación de dotar. Capital ó renta, este es su derecho, pero nada más.

VI.—*Procedimiento para exigir la dote obligatoria.*

El legislador estima justo que los padres doten á sus hijas; pero no quisiera que nunca hubiera necesidad de reclamarles el cumplimiento de esa obligación. Sin embargo, cuando esto no sea posible, como en algún caso la obstinación de los padres y la necesidad ó la poca consideración en los hijos puede hacer inevitable el choque, exigiéndose que la ley se cumpla con todo rigor, ha sido preciso idear un procedimiento, siempre molesto y enojoso, pero el menos grave que se podía escoger para llevar á efecto esa obligación de dotar.

El art. 1341, en su segundo párrafo, establece las bases de este procedimiento. Empieza prohibiendo toda pesquisa sobre la fortuna de los padres. No hay acuerdo, las relaciones están rotas, los padres se obstinan en no dotar, las hijas exigen su dote, y es inevitable la contienda; pero, por altas consideraciones sociales, no se permite á las hijas inquirir, ni probar cuáles ó cuántos son los bienes de sus padres ni sus rentas. Una especie de consejo de familia sería inútil; ¿se respetarían sus acuerdos? ¿Estorbarían la necesidad de la intervención judicial? ¿Acaso antes de pedir no se han agotado los medios de conciliación por los más próximos parientes ó amigos? No había remedio; era preciso que entendiesen los tribunales, y á éstos se les llama á intervenir; pero no con la solemnidad de un juicio entre partes, sino en *acto de jurisdicción voluntaria*, oyendo sólo á los padres ó al que de ellos viva y á los dos parientes más próximos. ¿Desfi-

guran acaso la verdad? ¿Es el caudal más importante? La ley no quiere más averiguaciones. El Juez, con sólo esos datos, aprecia á *su prudente arbitrio* la importancia de los bienes y fija la dote. Esto es todo.

Los parientes han de ser varones, mayores de edad, residentes en la misma localidad ó dentro del partido judicial, y uno de la línea paterna y otro de la materna. Si sólo existe uno en esas condiciones, á ese solo se oye; si no existe ninguno, basta la declaración de los padres.

Tales son las bases que el Código establece en su art. 1341, y con sujeción á ellas habrá de ordenarse el procedimiento en la ley de Enjuiciamiento civil cuando se lleve á efecto su reforma. Mientras tanto, se sujetará á las reglas ó disposiciones generales establecidas en el tít. 1.º del libro 3.º de la citada ley para todos los actos de jurisdicción voluntaria, de que en ella no se hace mención especial, pero observándose estrictamente lo que ordena el Código, como puede hacerse sin ninguna dificultad en la práctica.

Indicaremos ante todo que será juez competente el de primera instancia del domicilio del padre ó madre demandados; que no es necesaria la intervención de abogado ni procurador; que para estas actuaciones son hábiles todos los días y horas sin excepción, y que deben observarse las demás disposiciones procesales de carácter general que sean aplicables á los actos de jurisdicción voluntaria.

La hija podrá reclamar la dote por sí misma, si fuera mayor de edad, ó por quien tenga su representación legítima, promoviendo el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria. Si por ser menor de edad y soltera estuviese sujeta á la patria potestad, deberá ante todo solicitar del juez que se le provea de defensor, conforme á lo prevenido en el art. 165 del Código.

En la demanda ó solicitud deberá hacerse relación sucinta de los antecedentes ó hechos y de los fundamentos de derecho conducentes al caso, con expresión de la importancia de los bienes y rentas de los padres, como dato indispensable para

fijar la cuantía de la dote: pero sin hacer pesquisas ni ofrecer prueba sobre este punto, porque lo prohibe la ley. También deberán expresarse los nombres y domicilio de los parientes á quienes debe oir el juez, según el art. 1341 del Código, y concluir suplicando que el juez señale la dote y obligue á su padre ó madre á que se la entregue.

Presentado el escrito, el juez dará audiencia por un breve término al padre ó madre demandados, poniéndoles de manifiesto los autos en la escribanía. De lo que contesten los padres podrá darse conocimiento y audiencia á la hija demandante, en la misma forma antedicha, si el juez lo estima conveniente ó lo pide el demandado.

Si resultare conformidad entre los interesados, sin más trámites resolverá el juez por medio de auto lo que estime procedente. No mediando conformidad, convocará el Juez á los dos parientes á que se refiere el art. 1341 del Código para oirles de palabra ó por escrito sobre la cuantía de la dote, y sin más trámites ni prueba de ninguna clase dictará el juez, por medio de auto y sin citación de las partes, la resolución que estime procedente, haciendo la regulación de la dote, según su prudente arbitrio, ó declarando no haber lugar á la pretensión.

Nada dice el Código sobre si será ó no apelable dicho auto. Como deja al prudente arbitrio del juez la regulación de la dote, sin permitir otras actuaciones ni la admisión de pruebas, prohibiendo á la vez en todo caso la pesquisa de la fortuna de los padres para determinar la cuantía de la dote, parece deducirse que la intención del legislador era no conceder recurso alguno contra esa resolución, que tiene el carácter de interina y no causa estado, sin perjuicio de que las partes, después de llevar á efecto lo acordado, ventilen sus derechos en el juicio ordinario correspondiente, si no quieren esperar á que en la partición de la herencia se subsane el error, si lo hubiera. Sin embargo, como el Código no hace declaración alguna sobre este punto, creemos que, mientras otra cosa no se disponga, habrán de observarse las reglas establecidas en la ley de Enjuiciamien-

to civil para todos los actos de jurisdicción voluntaria que no estén sujetos á tramitación especial, y, por consiguiente, que procederán los recursos de apelación, y aun también alguna vez el de casación, en los casos y en la forma que permite dicha ley en sus arts. 1819 al 1822, y los demás que con ellos concuerdan.

C) *Códigos extranjeros.*—En los de Francia, Holanda, Portugal, Italia, Austria, Alemania, Guatemala, Chile, Méjico y Venezuela, no existen concordantes de los artículos 1340 al 1342.

Con relación al 1343 pueden citarse los artículos 1544 al 1546 del Código francés, 1392 á 1395 del de Italia y 1146 del de Portugal. Como estos Códigos se ocupan del régimen dotal con independencia del de gananciales, claro es que en ningún caso disponen que se pague la dote con bienes comunes.

ARTÍCULO 1344

La dote confesada por el marido, cuya entrega no constare, ó constare sólo por documento privado, no surtirá más efecto que el de las obligaciones personales.

ARTÍCULO 1345

Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, la mujer que tuviere á su favor dote confesada por el marido antes de la celebración del matrimonio ó dentro del primer año de él, podrá exigir en cualquier tiempo que el mismo marido se la asegure con hipoteca, siempre que haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales, ó la de otros semejantes ó equivalentes, en el momento de deducir su reclamación.

A) *Precedentes legales.*—Reconocíase en el derecho anterior al Código la clasificación de la dote en prometida, entregada y confesada. En cuanto á ésta, hecha la confesión por acto de última voluntad, equivalía á un legado; hecha por acto entre vi-

vos, exigía la prueba de la entrega, y el mismo marido ó sus herederos podían oponerse á la restitución ó eficacia de lo confesado mediante la excepción de dote no recibida.

Concretamente á nuestros arts. 1344 y 1345, la doctrina anterior al Código era idéntica á la que en ellos se establece, pues dichos artículos se limitan á copiar, sin variación ni aclaración alguna, los arts. 170 y 171 de la ley Hipotecaria.

B) *Comentario y jurisprudencia.*—De los artículos que vamos á examinar se deduce una nueva división de la dote, admitida, como hemos dicho, en el derecho anterior.

La dote es *entregada*, cuando consta de un modo indudable, ó sea en escritura pública y bajo fe de Notario, que el marido ha recibido los bienes en que consiste.

Es *prometida* ú *ofrecida*, cuando la mujer ú otro en su nombre se obliga á entregar cierta cantidad ó bienes determinados en concepto de dote.

Es, por último, *confesada*, cuando el marido asegura haberla recibido, pero sin que conste de un modo indudable la entrega.

En general, los preceptos de la ley son aplicables á la dote entregada. La prometida se rige por las reglas de la promesa; puede exigirse el cumplimiento de la obligación, mas no existe realmente dote con todas sus consecuencias mientras no se verifique la entrega.

Á la dote confesada se refieren los arts. 1344 y 1345. Véase también el comentario al art. 873, donde nos ocupamos del legado de dote, ó confesión por el marido en su testamento de haber aportado la mujer dote á su matrimonio.

Aquí se trata de la confesión de dote por acto entre vivos. La ley estima que la dote es simplemente confesada, aun cuando conste su entrega en documento privado ante testigos, y aun cuando se haya procurado dar autenticidad á su fecha, con arreglo al artículo 1227. La dote sólo se considera legalmente entregada cuando en escritura pública el Notario da fe de la entrega. Para poder dar fe del acto, el Notario debiera presenciar esa entrega, lo cual no es fácil, pero es suficiente que presencie la entrega

del dinero, valores, joyas ó bienes muebles y las de los títulos justificativos del dominio, posesión ó derecho real de que se trate, con relación á los inmuebles, si fuese posible, detallándolo todo, lo cual y la intervención de las personas de quienes los bienes proceden, dan al acto una garantía de autenticidad y verdad que no puede nunca reunir el simple documento privado ni la simple confesión del marido y la mujer.

En materia de dote confesada, distinguen los artículos que estamos comentando dos casos: 1.º, que la confesión aparezca hecha por el marido antes de la celebración del matrimonio ó dentro del primer año de él; 2.º, que la confesión resulte hecha después.

PRIMERO. *Dote confesada antes de transcurrir el primer año desde el matrimonio.*—La ley no ha querido negar en absoluto eficacia á esta confesión, estimando probable la verdad de la entrega de la dote, y por eso el art. 1345 concede en tal caso á la mujer el derecho de exigir de su marido hipoteca legal; pero al mismo tiempo, como la confesión por sí sola no prueba la entrega, exige que en el momento de reclamarse la constitución de hipoteca, se haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales ó la de otros semejantes ó equivalentes.

La exposición de motivos de la primitiva ley Hipotecaria funda y aclara este precepto. «No parecía justo—dice—privar del beneficio de la hipoteca, si bien con prudentes precauciones que evitaran el abuso, á la mujer que realmente hubiera llevado al matrimonio una dote, cuyos bienes existieran aún ó estuvieran *sustituídos* por otros, pero de que por negligencia ó por cualquier otra causa no se hubiera otorgado escritura, ó en la otorgada no se hubiera hecho mención de la entrega. El medio escogido al efecto consiste en dar el carácter y los efectos de dote entregada á la confesada por el marido antes de la celebración del matrimonio ó dentro del primer año de él, siempre que se haga constar judicialmente la existencia de los mismos bienes ó la de otros semejantes ó equivalentes que les hayan sustituído.»

No exige, pues, la ley una justificación de la entrega: le bas-

ta que existan los mismos bienes de la dote ú otros semejantes ó equivalentes, en el momento de deducir su reclamación; debiendo entenderse estas palabras en el sentido que les da la exposición de motivos, esto es, bienes que hayan sustituído á los dotales por compra, cambio, dación en pago ú otro concepto, y en caso de pérdida ó enajenación, por convenio de los interesados para la sustitución.

De las dos condiciones exigidas para que la dote confesada surta los mismos efectos de la entregada, la primera, ó sea la confesión, debe constar en documento público, porque así la fecha hará fe siempre respecto á terceros, y porque, dados sus efectos, así lo exige el art. 1280.

La segunda condición, ó sea la justificación de la existencia de los bienes, requiere, en nuestra opinión, un juicio especial, el marcado en el art. 165 de la ley Hipotecaria, para la constitución de las hipotecas legales en general. La mujer mayor de edad, ó los que deben obrar en su nombre, según el art. 1352 del Código, cuando es menor, exigirán en cualquier tiempo, á partir desde la confesión, la constitución de la hipoteca legal correspondiente, previa la justificación de existencia, necesaria según el art. 1345, y con audiencia de todos los interesados, el Juez declarará probado el hecho, y ordenará la constitución de hipoteca. No habiendo conformidad, los trámites señalados en el citado art. 165 son los establecidos en la ley de Enjuiciamiento civil para los incidentes.

SEGUNDO. *Dote confesada después del primer año desde la celebración del matrimonio.*—En este caso, la presunción de la ley es contraria á la confesión, estimando que el marido ha tardado demasiado en hacerla para que deba considerarse verdad, y producir, en su consecuencia, los efectos de una dote entregada, existan ó no en la sociedad conyugal los mismos bienes ú otros equivalentes, y aunque conste en escritura pública la confesión.

La confesión en esas circunstancias no produce más efectos, según el art. 1344, que el de las obligaciones personales, esto

es, sólo crea un derecho en el acreedor ó sus herederos para exigir del que se confiesa deudor la devolución ó restitución de lo que se dice entregado y recibido. No puede nacer acción real eficaz contra terceros, porque la ley quiere que los acreedores tengan sólo una acción personal.

Quedan, pues, ligados el deudor y sus herederos al cumplimiento de la obligación. Los terceros son extraños al acto: ¿deberán respetarlo? Los mismos herederos, si son forzosos, ¿habrán de estar y pasar por lo que su causante confesó deber? Enséñase, en general, por distinguidos escritores, que la confesión de dote por el marido produce plenos efectos contra el mismo, pero no contra terceras personas que tengan los derechos de herederos forzosos ó de acreedores legítimos, diferenciándose en esto de cualquiera otra obligación personal, pues dicha confesión, para perjudicar á tercero, requiere la prueba de la entrega de los bienes, y toda otra obligación es eficaz ó se presume desde luego verdad mientras no prueben los terceros su falsedad ó simulación.

No encontramos clara la diferencia. El art. 1344 no habla de una obligación personal especialísima, sino de una obligación como otra cualquiera, siempre, es claro, que sea de igual naturaleza: confesión de deber.

Ocupémonos, en primer término, de los herederos forzosos. El padre confiesa ser en deber cierta cantidad á un tercero. Sus hijos aceptan puramente la herencia, y por ello continúan su personalidad y confunden sus derechos y obligaciones con las obligaciones y derechos de su causante. ¿Cabe que exijan la prueba de la certeza de la deuda? No: ellos han de aceptar y cumplir la obligación confesada por su padre, deuda para ellos deducible antes de fijar la legítima. Para no quedar obligados, es preciso que prueben que hubo vicio en el consentimiento, ó que renuncien la herencia ó la acepten á beneficio de inventario, quedando así en una situación parecida á la de los terceros. ¿Ocurren las cosas de un modo distinto cuando se confiesa deber la dote? Entendemos que no: ó los hijos son herederos, ó no.

Si lo son, en todo caso quedan obligados á cumplir la obligación que su padre, á quien representan, se impuso.

Pasemos á los terceros: por ejemplo, un acreedor legítimo. La confesión de dote y la confesión de otra deuda cualquiera debe producir idénticos efectos. Mientras la cuestión se ventila entre el deudor y el acreedor, perfectamente; pero si el documento público ó privado en que consta la confesión trata de hacerse valer en perjuicio de tercero, en una tercería de mejor derecho, por ejemplo, ¿tendrá el tercero que doblar la cabeza ante esa confesión, ó probar que encierra un acto simulado? Creemos que no; que lo que será necesario justificar es la verdad de la deuda, como la verdad de la dote, en su caso, si el tercero la contradice. Prescindiendo de la fecha, el documento prueba la confesión, pero nada más, y en casos análogos, el artículo 40 de la ley Hipotecaria estima actos á título gratuíto aquellos que, aun calificados como onerosos, no prueban más que por una simple confesión la existencia de un equivalente de la obligación contraída.

Justifica cumplidamente la identidad de efectos que sostenemos, á más del citado art. 40 de la ley Hipotecaria, el 1218 del Código civil. Aun consignada la confesión en documento público, éste sólo hace fe contra tercero en cuanto á su fecha y en cuanto al hecho que le motiva, que es la confesión de deber dote ú otra cosa, y nada más; pero no hace fe ni puede servir como prueba de la verdad de la deuda ó la veracidad de las manifestaciones hechas por las partes, como viene reconociéndose en general por la jurisprudencia.

El Código, en el art. 1344, y la ley Hipotecaria en el 170, no se expresan, por lo tanto, con inexactitud al declarar que la confesión de dote produce sólo el efecto de cualquier otra obligación personal de igual naturaleza. Sin embargo, su principal objeto fué negar á la mujer el derecho de exigir hipoteca legal para seguridad de su dote, negarle, en suma, un derecho y una acción real en caso de dotes simplemente confesadas.

Niega, pues, la ley privilegios que sólo concede á la dote

entregada; niega, desde luego, el derecho de exigir la mujer y la obligación de prestar el marido una hipoteca que garantice la devolución de unos bienes que no consta que hubiesen sido realmente recibidos. Pero cabe que el marido constituya *voluntariamente* la hipoteca: ¿será el acto válido é inscribible? ¿Perjudicará la hipoteca á tercero?

Desde la publicación de la ley Hipotecaria de 1861 ha sido esta una cuestión muy debatida.

La mayor parte de los tratadistas distinguieron siempre entre la hipoteca legal y la hipoteca voluntaria, considerando ésta perfectamente válida, cualquiera que fuese su eficacia, si negándose después la existencia real de la dote, no podía justificarse por ningún medio su entrega.

La Dirección general de los Registros opinó de igual modo en sus resoluciones de 11 de Agosto de 1863 y 7 de Julio de 1867; pero estudiando después mejor la cuestión y temiendo sin duda el abuso, varió de criterio, sosteniendo la nulidad de tal hipoteca voluntaria en las resoluciones de 17 de Enero de 1876, 14 de Mayo de 1879, 15 de Enero de 1881, 27 del mismo mes de 1882, 1.° de Abril de 1884, 6 de Abril de 1894 y 30 de Junio de 1896. Lo mismo sostiene el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de Marzo de 1898.

La Dirección general se funda principalmente en la unidad de persona entre marido y mujer durante el matrimonio; en la prohibición natural de contratos entre los mismos, salvo los casos expresamente exceptuados; en que por la hipoteca la mujer adquiere derechos y el marido pierde facultades, y en que permitir ese acto equivale á dar facilidades para burlar la ley y su prohibición de donar y dotar, concediendo á la mujer una acción real por razón de dote que el legislador no quiso darle, al asignar sólo efectos personales á la dote confesada.

Objetan los mantenedores de la opinión contraria, entre otras razones, que no todos los contratos entre marido y mujer durante el matrimonio se hallan prohibidos por la ley; que al permitir el art. 1345 del Código la hipoteca por el marido en determi-

nadas condiciones en garantía de la dote confesada, claro es que no prohibe entre los cónyuges el contrato de hipoteca; que este es accesorio y su licitud ó ilicitud depende de la del contrato principal á que sirve de garantía, por lo que siendo válida la confesión de dote como obligación personal, válida debe ser la hipoteca voluntariamente constituída para la seguridad de esa obligación; y que así como la hipoteca legal significaría la absoluta eficacia del gravamen contra todo tercero desde su inscripción por no poder ser dichas hipotecas legales condicionales, la hipoteca voluntaria sólo representa un gravamen, cuya eficacia depende de que la confesión sea cierta, de que realmente se pruebe la entrega de la dote, entrega que puede negar el marido ó sus herederos, ó con cuya realidad pueden no conformarse otros acreedores, haciendo necesaria la justificación de tal hecho por la mujer.

Pueden consultarse los comentarios á la ley Hipotecaria de los Sres. Galindo y Escosura, que se ocupan extensamente de la materia, y en los que con abundante copia de razones y con el estilo claro y persuasivo que distingue á dichos autores, se defiende esta opinión, aceptada también por el Sr. Sánchez Román.

Ciertamente la Dirección parte de una base falsa al afirmar que el matrimonio en el orden jurídico produce una sociedad, en virtud de la cual se establece la comunidad de derechos é intereses entre los cónyuges, que bajo este concepto y como regla general quedan fundidos para los efectos legales en una sola y única personalidad jurídica. Esto sólo puede sostenerse en el sistema de comunidad absoluta. La consecuencia tiene que ser también falsa: los contratos entre los cónyuges no están como regla general prohibidos.

Pero el núcleo de la opinión, contraria también, es asaz movedizo. La confesión de dote por el marido es acto permitido por la ley; la hipoteca legal está permitida también; la hipoteca voluntaria en garantía de un acto lícito, tiene por consecuencia que ser válida. Si se empieza afirmando esta licitud y validez, sobran todos los demás argumentos, se acepta como seguro é indudable precisamente lo que se tiene que demostrar.

Que hay actos permitidos y actos prohibidos entre los cónyuges durante el matrimonio, es un hecho irrefutable. La donación está en general prohibida; la hipoteca legal lo está también cuando se trata de dotes confesadas: ¿es sólo por ser legal ó por ser hipoteca? Si atendemos á los términos del art. 1344, lo que la ley quiere negar á la mujer es un derecho real y una acción real, porque en su espíritu y en su letra sólo cabe en las dotes confesadas un efecto: el de las obligaciones personales.

Además, las mismas razones en que se funda la ley para prohibir las donaciones entre marido y mujer, existen para condenar esas confesiones tardías é improbadas de dote, y las hipotecas voluntarias que las garantizan; y al fin, en relación á los terceros, una donación se presenta franca, es un título gratuito, y se presume fraudulenta si el donante no se reserva bienes bastantes para pagar á sus acreedores; pero una hipoteca, condicional si se quiere, aunque oculte hipócritamente la misma donación, puede salir triunfante, mediante una prueba hábilmente dirigida, más ó menos falseada en el fondo.

Pero no es esto sólo. El art. 1334, al prohibir las donaciones, prohibe en realidad todo acto á título gratuito entre marido y mujer, y el hecho de conceder innecesariamente el marido una hipoteca limitando sus facultades dominicales sin equivalente alguno, no puede menos de ser considerado como un título gratuito, tanto más gratuito cuanto más espontáneo. Si la dote no es cierta, la donación es evidente, y si se probare después su realidad, la hipoteca y con ella la acción real, regalada, digámoslo así, á la mujer antes de tiempo, resultaría eficaz. ¿Es esto lo que quiere la ley? ¿Es así como deben interpretarse sus preceptos? El art. 40 de la ley Hipotecaria considera actos gratuitos las hipotecas en garantía de créditos no vencidos.

La doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección de los Registros es tan repetida y uniforme, que no cabe rebelarse contra ella, y tiene tal fondo de justicia, que debemos respetarla.

En la práctica, la permisión de la hipoteca voluntaria viene á desvirtuar por completo la prohibición de la hipoteca legal,

porque no es de ordinario la mujer quien exige la garantía, sino más bien el marido quien la otorga con ánimo de librarse de otros acreedores. Así se explica que las hipotecas voluntarias por dote confesada sean casi más frecuentes que las hipotecas legales por dote entregada. Para los terceros esas hipotecas son un peligro, porque el anularlas representa un pleito de dudosos resultados, pero de gastos, disgustos y molestias seguras, aun suponiendo que no complique la cuestión la transmisión del crédito á un tercero.

Por todo lo expuesto, lejos de seguir el camino del proyecto de reforma de la ley Hipotecaria de la Península, que expresamente permitía la hipoteca voluntaria en garantía de la dote confesada, nosotros creemos que el Código, al reformarse, debe seguir un camino opuesto: prohibir también de un modo expreso la constitución de tales hipotecas, cortando así de raíz toda cuestión, y cerrando al fraude una puerta importante.

C. *Códigos extranjeros.*—Los artículos 1344 y 1345 no tienen concordantes.

ARTÍCULO 1346

La dote puede ser estimada ó inestimada.

Será estimada, si los bienes en que consiste se evaluaron al tiempo de su constitución, transfiriendo su dominio al marido y quedando éste obligado á restituir su importe.

Será inestimada, si la mujer conserva el dominio de los bienes, háyanse ó no evaluado, quedando obligado el marido á restituir los mismos bienes.

Si las capitulaciones no determinaran la calidad de la dote, se considerará inestimada.

A) *Precedentes legales.—Ley 16, tít. 11, Partida 4.ª* «Apreciada puede ser la dote quando la establecen, ó puede ser que la non apreciaren. E apreciada seria como quando dixesse el que la da: do vos tal casa ó tal viña en dote é apréciola en cient mara-

uedis. E non seria apreciada como si dixesse simplemente el que da: do vos tal heredad ó tal casa en dote.»

Ley 18, tít. 11, Partida 4.ª «Acrescida ó menguada podría ser la dote ó el arra. E por ende queremos demostrar á quien pertenesce el pro ó el daño della. E dezimos, que si la dote que diere la muger al marido fuera apreciada assi como de suso es dicho, si se mejorare ó se pejorare despues, al marido pertenesce el pro é el daño della, fueras ende si el mejoramiento ó la pejora acaesciesse ante que las bodas ouiessen fechas, ca estonce el daño é el pro seria de la muger. E esto es porque tal donacion como esta es fecha so condicion, que es tal si el casamiento se cumple. Ca maguer fuesse estimada como sobredicho es, non valdria si el casamiento non se cumpliesse. E por ende fasta que las bodas sean fechas, á la muger pertenesce el daño é el pro de la dote, maguer el marido sea tenedor della. Mas si apreciada ó estimada non fuesse la dote quando la diesse la muger al marido, estonce pertenesce el daño é el pro de la dote á la mujer en qualquier tiempo que venga: fueras ende los frutos é la pro que viniesse por razon dellos, que los deue auer el marido para mantener el casamiento. E si quando la muger establesce la dote á su marido lo fiziesse desta guisa diziendo assi, que daua unas casas en dote é que las apreciaua en doscientos marauedis, de tal manera que si el casamiento se partiese que fuesse en escogencia del marido de tornar las casas ó doscientos marauedis: desta guisa seyendo establecida la dote, el pro é el daño que ende viniesse, seria de la muger é non del marido, si el marido escogesse de darle las casas, quier fuessen empejoradas ó mejoradas; fueras ende si la muger pudiesse prouar que por culpa del marido auino daño en aquello que le dió por dote, ó si por auentura el marido recibiesse sobre si todo el daño que auiniesse en la dote quando gela dió la muger.»

Ley 19, tít. 11, Partida 4.ª «Señalando la muger al marido su dote en casa ó en viña, ó en otra heredad, apreciándola, si tuuiese para sí la escogencia de tomar lo que le da por dote ó aquello porque lo aprecia, si se partiesse el casamiento, é non otor-

gasse la escogencia al marido, segund dize en la ley ante desta, el daño ó el pro que y viniesse, si fuere crescida ó menguada, seria della é non del marido. E podria ser que quando establesciesse la muger la dote, que tal escogencia, como sobredicho es, que non diria que la tenia para sí, nin que la daba al marido, mas que daua tal cosa en dote, é apreciada por tantos marauedis: é que este apreciamiento fazia porque si la cosa que daua en dote se empejorasse, que sopiessen quanta era la pejoría á razon de aquel apreciamiento. E en esta manera, aun seria el pro ó el daño que y acaesciesse, de la muger, é non del marido.»

De estas leyes deducían los autores la división de la dote en estimada é inestimada, según que los bienes fuesen ó no apreciados al tiempo de su constitución, y la subdivisión de la dote estimada, en estimada *venditionis* y *tasationis causa*. La primera equivalía á la venta al marido de los bienes dotales, debiendo restituirse, no los mismos bienes, sino su valor ó precio; y en la segunda, la estimación no causaba venta, y sólo tenía por objeto precisar el importe de las aportaciones de la mujer al matrimonio, á los efectos de la liquidación de la sociedad conyugal, nuevas dotes á otras hijas, colación en la herencia de los padres, constitución de la hipoteca legal correspondiente, facultad de elegir la restitución de los mismos bienes ó de su valor, etc.

Según el art. 177 de la ley Hipotecaria, «cuando se constituya dote en bienes no inmuebles, deben éstos apreciarse con el único objeto de fijar la cantidad que deba asegurar la hipoteca, para el caso de que no subsistan los mismos bienes al tiempo de su restitución; mas sin que por ello pierda dicha dote su calidad de inestimada, si fuere calificada así en la escritura dotal».

B) *Comentario.*—El art. 1346 determina claramente el concepto que al legislador merece la dote, según que se constituya como estimada ó inestimada. Se conservan estos nombres, aunque no revelan la idea que representan, puesto que la dote puede ser inestimada aun estimándose ó valuándose los bienes. La base de la distinción no consiste en la circunstancia accidental de que los biones dotales se valúen ó no, sino en los efectos

de la estimación, en la circunstancia esencialísima de que el dominio de esos bienes se transfiera al marido ó quede en la mujer.

Las consecuencias naturales de esta distinción aparecen dispersas en el Código y serán examinadas en su lugar. Constituída siempre la dote en favor de la mujer, si el dominio se transfiere al marido, existe una verdadera enajenación, una especie de venta, y el marido ha de restituir el importe de los bienes que compra, la cantidad en que fueron valuados. En el caso contrario, como la mujer es la dueña, conserva el derecho á los mismos bienes, y éstos, no su valor, son los que deben restituirse. El incremento ó deterioro de la dote estimada es de cuenta del marido; el incremento ó deterioro de la dote inestimada es de cuenta de la mujer, salvo el caso en que el deterioro proceda de culpa ó negligencia del marido. El marido puede enajenar y gravar los bienes de la dote estimada, que, siendo inmuebles, han de inscribirse á su nombre; la mujer dispone de los que constituyen la dote inestimada. La hipoteca constituída por el marido asegura en el primer caso la entrega del precio; en el segundo, la restitución de los mismos bienes ó de su valor.

La distinción que establece el art. 1346 es, por lo tanto, importantísima y fecunda en consecuencias jurídicas. Hay que atender al modo de constituirse la dote en las capitulaciones matrimoniales. Puede ocurrir que en ellas no se determine la calidad de la dote, y en tal caso la ley la considera desde luego inestimada, lo cual es lógico, porque lo normal es que el dominio de los bienes dotales quede en la mujer, sin que quepa que se transfiera al marido mientras de un modo claro y terminante no se verifique la transmisión, expresando al menos que la dote ha de tener la consideración de estimada.

Puede constituirse la dote como estimada, sin embargo, no sólo en las capitulaciones matrimoniales, sino en virtud de otro acto jurídico distinto, atendiendo á la voluntad del donante ó transmitente, y teniendo en cuenta que, con independencia de dichas capitulaciones, caben constituciones dotales con posterioridad á la celebración del matrimonio.

El art. 177 de la ley Hipotecaria continúa en todo su vigor. La apreciación de los bienes dotales, sean muebles ó inmuebles, no significa que la dote deje de ser inestimada, y de todos modos, á los efectos de la hipoteca legal, esa apreciación es indispensable. La exposición de motivos explica racionalmente el precepto: «Cuando la dote es inestimada y consiste en bienes no inmuebles que se entregan al marido, obligado á conservarlos y á restituirlos, hay que adoptar una regla para fijar la cantidad á que debe extenderse la hipoteca, para el caso de que no subsista á la disolución del matrimonio. Poca dificultad presenta esto cuando la tasación ha tenido lugar, aunque sea, como comúnmente se dice, sin causar venta, porque ya hay un tipo á que atenerse; pero cuando no hay valuación alguna, tendrá que hacerse ésta, no para cambiar la índole de la dote, sino sólo para asegurar el reintegro de su importe, si llegasen á desaparecer los muebles dados en dote.»

Al hablar de la restitución de la dote, nos ocuparemos de los inconvenientes que se atribuyen á la dote estimada.

C) *Códigos extranjeros.*—El criterio de los Códigos extranjeros es distinto al de nuestra legislación.

El Código de Guatemala, arts. 1118 al 1121, ordena la tasación de los bienes dotales, no incluyéndose en la dote el menaje ordinario de casa ni la ropa de uso. La mujer conserva el dominio de los bienes dotales inmuebles, alhajas y cosas de valor que no se consumen por el uso, y el marido hace suyas las cosas fungibles, quedando responsable de su valor.

El Código de Italia, arts. 1401 y 1402, distingue entre los bienes muebles y los inmuebles. Los primeros pasan al dominio del marido, mientras no se exprese lo contrario. Los segundos, aun tasados, pertenecen á la mujer, si no se estipula una cosa distinta. Esto equivale á declarar dote estimada todo lo que consista en bienes muebles, con todos los inconvenientes de tal declaración.

Según los arts. 2275 y 2276 del Código de Méjico, el marido puede disponer libremente de los muebles comunes pertenecien-

tes á la dote, respondiendo de su valor; pero si la dote consiste en dinero ó muebles preciosos, la enajenación requiere ciertas formalidades.

Los arts. 2321 y 2325 facultan á la mujer para reclamar el valor de los bienes si se dieron estimados.

Análogo criterio al expresado respecto á Italia se deduce de los arts. 1551 y 1552 del Código de Francia, y 1148 del de Portugal, para los casos en que se estipule el régimen dotal.

ARTÍCULO 1347

El incremento ó deterioro de la dote estimada es de cuenta del marido, quedando sólo obligado á restituir el valor por que la recibió y á garantizar los derechos de la mujer en la forma que se dispone en los artículos siguientes.

ARTÍCULO 1348

Si el marido que haya recibido la dote estimada se cree perjudicado por su valuación, puede pedir que se deshaga el error ó agravio.

ARTÍCULO 1349

El marido está obligado:

1.º A inscribir á su nombre é hipotecar en favor de su mujer los bienes inmuebles y derechos reales que reciba como dote estimada ú otros bastantes para garantir la estimación de aquéllos.

2.º A asegurar con hipoteca especial suficiente todos los demás bienes que como dote estimada se le entreguen.

ARTÍCULO 1350

La cantidad que debe asegurarse por razón de dote estimada no excederá del importe de la estimación, y, si se redujere el de la misma dote, se reducirá la hipoteca en la misma proporción.

ARTÍCULO 1351

La hipoteca constituída por el marido en favor de la mujer garantizará la restitución de los bienes, ó de su estimación, en los casos en que deba verificarse conforme á las leyes y con las limitaciones que éstas determinen, y dejará de surtir efecto y podrá cancelarse siempre que por cualquiera causa legítima quede dispensado el marido de la obligación de restituir.

ARTÍCULO 1352

La mujer casada mayor de edad puede exigir por sí misma la constitución de hipoteca é inscripción de bienes de que trata el art. 1349.

Si no hubiese contraído aún matrimonio, ó, habiéndolo contraído, fuese menor, deberán ejercitar aquel derecho en su nombre y calificar la suficiencia de la hipoteca que se constituya, el padre, la madre ó el que diere la dote ó los bienes que se deban garantizar.

A falta de estas personas, y siendo menor la mujer, esté ó no casada, deberán pedir que se hagan efectivos los mismos derechos el tutor, el protutor, el consejo de familia ó cualquiera de sus vocales.

ARTÍCULO 1353

Si el tutor, el protutor ó el consejo de familia no pidieren la constitución de la hipoteca, el Fiscal solicitará de oficio, ó á instancia de cualquier persona, que se compela al marido al otorgamiento de la misma.

Los Jueces municipales tendrán también obligación de excitar el celo del Ministerio fiscal á fin de que cumpla lo preceptuado en el párrafo anterior.

ARTÍCULO 1354

Si el marido careciese de bienes propios con que constituir la hipoteca de que trata el art. 1349, que-

dará obligado á constituirla sobre los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiera.

ARTÍCULO 1355

Siempre que el todo ó una parte de los bienes que constituyan la dote estimada consista en efectos públicos ó valores cotizables, y mientras su importe no se halle garantizado por la hipoteca que el marido está obligado á prestar, los títulos, inscripciones ó documentos que le representan se depositarán á nombre de la mujer, con conocimiento del marido, en un establecimiento público de los destinados al efecto.

A) *Precedentes legales.—Art. 1347.* Véanse en el art. 1346, las leyes 18 y 19, tít. 11, Partida 4.ª

Art. 1348. Ley 16, tít. 11, Partida 4.ª: «E si la dote fuesse apreciada segund que es sobredicho, é la apreciassen por mas ó por menos de lo que valiesse, si se sentiere por engañado alguno dellos, puede demandar que sea desfecho el engaño, tambien el que da la dote como el que la recibe. E esto se entiende que debe ser guardado en la dote tan solamente. Ca en quanto quier que sea fecho el engaño en mas ó en menos de lo que vale la cosa, siempre deue ser desfecho mostrando el engaño, segun que es dicho, aquel que se tiene por engañado.»

Art. 1349. Ley 23, tít. 13, Partida 5.ª: «Otrosí dezimos que los bienes del marido fincan obligados a la muger por razon de la dote que rescibió con ella.»

Á esta hipoteca general y tácita sustituyó la hipoteca legal, reconocida en el núm. 1.º del art. 168 de la ley Hipotecaria, disponiéndose en el 169 lo siguiente: «La mujer casada á cuyo favor establece esta ley hipoteca legal, tendrá derecho:

»Primero. Á que el marido le hipoteque é inscriba en el Registro los bienes inmuebles y derechos reales que reciba como dote estimada, ó con la obligación de devolver su importe.»

«Tercero. Á que el marido asegure con hipoteca especial

suficiente todos los demás bienes no comprendidos en los párrafos anteriores, y que se le entreguen por razón de matrimonio» (bienes muebles de dote estimada ó inestimada, parafernales, etc.).

Completan este precepto los arts. 172 y 174 de la misma ley, según los cuales, los bienes inmuebles ó derechos reales que se entreguen como dote estimada, deben inscribirse á nombre del marido, y al mismo tiempo se inscribirá la hipoteca dotal que sobre ellos se constituya. Á este precepto del art. 172 añade el 174: «Siempre que el Registrador inscriba bienes de dote estimada á favor del marido, hará de oficio la inscripción hipotecaria á favor de la mujer. Si el título presentado para la primera de dichas inscripciones no fuese suficiente para hacer la segunda, se suspenderá una y otra, tomando de ambas la anotación preventiva que proceda.»

Arts. 1350 y 1351. Están copiados de los 176 y 175 de la ley Hipotecaria, adicionándose en el segundo las palabras «ó de su estimación», y suprimiéndose en el primero el inciso final del 175, que dice: «previa la cancelación parcial correspondiente».

Arts. 1352 y 1353. Están tomados de los arts. 182 y 183 de la ley Hipotecaria, si bien en armonía con los nuevos preceptos relativos á la tutela; se sustituye la palabra «curador» por las de «el tutor, el protutor, el consejo de familia ó cualquiera de sus vocales».

Art. 1354. El art. 186 de la ley Hipotecaria añade: «pero sin que esta obligación pueda perjudicar á tercero mientras no se inscriba la hipoteca».

Art. 1355. No existen precedentes.

B) *Comentario.—Dote estimada.* Dado en el art. 1346 el concepto de la dote, tanto estimada como inestimada, el legislador trata exclusivamente de la primera en los nueve artículos que vamos á examinar, exponiendo todo lo relativo á su constitución y aseguramiento. De la dote estimada no vuelve á ocuparse hasta la sección tercera de este capítulo, destinada á la restitución

de los bienes dotales ó de su estimación. Examinaremos con separación cada una de las importantes cuestiones jurídicas que en ellos se resuelven.

I.—*A quien pertenece el incremento ó deterioro de la dote estimada.*—Como regla general, el art. 1347 consigna una consecuencia lógica de la naturaleza de la dote estimada. Puesto que el dominio de los bienes dotales, en tal caso, se transfiere al marido, el incremento ó deterioro posterior de esos bienes cede en su daño ó en su beneficio.

El marido es el dueño, el marido es el administrador y el usufructuario. Suyos son los frutos, aunque se destinen al sostenimiento de las cargas del matrimonio; suyas son las accesiones, suyas las mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo, y suyos son, en cambio, todos los perjuicios que á los mismos bienes puedan sobrevenir por cualquier causa. Si perece la cosa, para él perece. Viene á ser, en suma, un comprador que aplaza el pago del precio, y goza todos los derechos y contrae todas las obligaciones inherentes al dominio.

Pero todo esto se entiende, como aclaraban las Partidas, á partir de la celebración del matrimonio. Antes no puede haber dote exigible, ni estimada ni inestimada, pues la dote tiene un destino especial, que sin el matrimonio no se concibe; y si procede de donaciones, sabido es que éstas, aun prescindiendo de que se destinen á dotar, quedan sin efecto, con arreglo á los artículos 1326 y 1333, cuando el matrimonio no se realiza. El incremento ó deterioro de los bienes anterior al casamiento no es nunca de cuenta del marido, porque éste, sólo como tal marido, adquiere el dominio, y no lo es hasta la celebración del matrimonio. Ese deterioro ó incremento corre mientras tanto á cargo del donante ó constituyente de la dote. Al casarse se cumple la condición que afectaba á todas las estipulaciones hechas bajo la base de la futura unión, y el marido empieza á ser el dueño de la dote estimada, con todas sus consecuencias, siendo una de ellas la consignada en el art. 1347.

Otra consecuencia natural es la facultad de disponer el ma-

rido de los bienes dotales estimados, muebles ó inmuebles, sin más limitaciones que las impuestas á cualquier otro dueño.

Pero esa suma de facultades no le es concedida gratuitamente. Los bienes se valúan, y el valor es el precio, es la cantidad que debe abonarse en su día á la mujer ó á sus herederos, garantizándose el cumplimiento de este deber, en interés de la esposa y de los hijos, con hipoteca legal. Las obligaciones del marido en la dote estimada se reducen, pues, á las dos expresadas en el mismo art. 1347:

1.ª Restitución del valor de los bienes muebles ó inmuebles recibidos.

2.ª Aseguramiento del derecho de la mujer á esa restitución en la forma marcada en los arts. 1349 á 1355.

Sentadas estas reglas generales, y siendo objeto especial de la sección tercera de este capítulo del Código todo lo relativo á la restitución de la dote, el art. 1348 se ocupa de la valuación de la dote estimada, y los siguientes de su afianzamiento.

II.—*Valuación de la dote estimada.*—Cabe que la dote inestimada, sobre todo si consiste en bienes inmuebles, no se valúe, aunque es siempre conveniente hacerlo. Pero la valuación de los bienes dotales que se entregan como estimados es siempre imprescindible, puesto que el marido ha de responder de ese valor, y es preciso saber á cuánto asciende.

Podrá creerse que, tratándose de bienes fungibles, y, con mayor motivo, de dinero, no es necesaria la valuación: no es así, sin embargo, siempre. Los bienes fungibles, en general, han de valuarse, porque puede ser muy distinto tener que devolver otro tanto de lo que se recibió en especie, ó su valor en dinero. El mismo dinero habrá casos en que deberá apreciarse, por poder aumentar ó disminuir su valor, como hoy ocurre con el oro; aunque de ordinario el metálico lleva en sí mismo su valuación.

La valuación de los bienes dotales estimados se hará en las capitulaciones matrimoniales ó en la escritura de entrega de la dote. De todos modos, dada la trascendencia del acto, debe ha-

cerse una tasación verdad, valiéndose al efecto de personas peritas, ya se trate de bienes muebles ó inmuebles.

Cabe que la valuación no haya sido practicada con el detenimiento y la escrupulosidad que el acto merece, ó que aun hecha por personas competentes, no haya existido unidad de criterio en la apreciación, ó no satisfaga á los interesados, ó se haya padecido algún error, ó bien que desde el momento de la estimación hasta el del matrimonio los bienes aumenten ó disminuyan de valor por circunstancias diversas. En tales casos pueden sufrir perjuicio tanto el marido como la mujer, y de aquí la regla general consignada en las Partidas: «Si se sentiere por engañado alguno dellos, puede demandar que sea desfecho el engaño, tambien el que da la dote como el que la recibe.»

El art. 1348 sólo dice: «Si el marido que haya recibido la dote estimada se cree perjudicado por su valuación, puede pedir que se deshaga el error ó agravio.» Esta regla no debe mirarse como excepcional, sino como natural y justa. Es cierto que no procede en general la rescisión por lesión en el precio; pero la dote estimada no es una verdadera compra, aunque produzca el mismo efecto. La intención de las partes no es realmente comprar ni vender, y por ello no puede decirse que exista razón para dar ó adquirir los bienes por más ó por menos de lo que valen. La dote estimada no es más que una forma especial de constitución de dote, en la que, huyendo de complicaciones innecesarias, se conviene en que el marido, que en todo caso había de ser el administrador legal, responda del valor de los bienes y no de ellos mismos, sean las que fueren las vicisitudes por que atraviesen. El marido recibe 10, 20 ó 100 en especie, y debe devolver los mismos 10, 20 ó 100 que recibió, pero en metálico: esto es todo. Prescindir aquí de las consecuencias de cualquier lesión, constituiría una gran injusticia. Si el marido recibió en realidad 100, ¿por qué ha de devolver 200 ó 50, 110 ó 95? He aquí el fundamento del precepto del art. 1348; mas, por lo mismo, la regla no debe limitarse al marido, sino que debe hacerse extensiva á la mujer en igualdad de circunstancias.

Al valuar una finca de la dote estimada no se tuvo en cuenta una servidumbre ó un censo que disminuía su valor, ó intencionalmente se estimó en más de lo que valía por favorecer á la mujer. Justo es que el marido perjudicado pueda pedir que se deshaga aquel error ó se repare ese agravio. Mas si, con intención ó sin ella, se favorece al marido, ó se tuvo en cuenta un censo ya redimido ó una hipoteca no subsistente, justo es también que pueda pedir la mujer que el agravio ó el error desaparezcan.

¿Cuándo puede ejercitarse el derecho concedido en el artículo 1348? En cualquier tiempo, desde la constitución de la dote hasta su restitución, puesto que la ley no distingue. Ahora bien: se trata del ejercicio de una acción que no es propiamente de nulidad ni de rescisión, porque el contrato se mantiene válido y ha de subsistir; pero que es desde luego personal, y no puede tener más duración que la asignada en el Código á las acciones de esa naturaleza. Deben, además, existir términos hábiles para justificar lo que se pretende, pues siendo necesaria la prueba del error ó agravio en la apreciación, cuando esa prueba no sea ya posible, aun sin faltar el derecho, no conviene ejercitarlo, por resultar inútil. Habrá casos en los cuales, no conservándose los bienes en el dominio del marido, y con mayor razón si han desaparecido, no podrá practicarse con seguridad la comprobación de su verdadero valor; pero en otros, el error puede demostrarse después de pasar los bienes á poder de terceras personas. Es evidente la diferencia que existe bajo este punto de vista entre los bienes muebles y los inmuebles. Estos no desaparecen fácilmente, y continúan siendo los mismos, se conserven ó no en el dominio del marido. En todo caso, si el error consistió en prescindir de algún defecto, vicio ó gravamen existente en el momento de la valuación, ó en darlo por supuesto cuando no existía, cabe la prueba, aun habiendo desaparecido los bienes ó estando en poder de terceros.

Como se ve, se trata de dificultades en la práctica, de cuestiones de hecho que influirán en el resultado; pero sin afectar á

la facultad concedida en el art. 1348 para reclamar en cualquier tiempo contra la apreciación que se crea perjudicial.

Corresponde, pues, el derecho, tanto al marido como á la mujer, desde el momento de la estimación de los bienes hasta el de su restitución, salvo la prescripción de la acción.

Muerto el marido, y debiendo proceder á la restitución sus herederos, ¿podrán éstos, si se creen perjudicados, reclamar contra la valuación? Autores competentes niegan ese derecho á los herederos, fundándose en que la ley sólo habla del marido, y en que la índole excepcional y peligrosa de la materia no permite interpretación extensiva. El primer argumento no tiene fuerza alguna, pues aun cuando la ley sólo hable de un contratante, en general, los derechos y obligaciones que del contrato nacen son transmisibles á los herederos. El segundo es más importante, pero no nos convence, porque teniendo que probarse el error ó el agravio, no vemos el peligro, y porque tratándose, no de una compra, sino de una constitución de dote y de un precepto justo y natural, no aparece tampoco clara la excepción. No hay, además, razón para que pueda reclamarse contra los herederos y no pueda reclamarse por éstos; que puedan ser demandados y no demandantes, sufriendo las obligaciones y no adquiriendo los derechos.

«El art. 1348, dice un autor respetable, no somete la revisión de valores en la dote estimada á ninguna regla, no establece garantía alguna para que ese ulterior justiprecio no pueda resultar en perjuicio de la mujer, por la malicia del marido ó por otra causa.» Es cierto que el Código concede el derecho sin dar reglas para su ejercicio, por no creerlo necesario; pero como no basta que se pida que el error ó agravio sea deshecho, sino que es necesario probar que existe, y como esto no puede hacerse prescindiendo de la mujer, tiene ésta indudablemente la misma garantía que cualquier otra persona en casos análogos, para evitar que le resulte perjuicio en la nueva valuación.

De ordinario, procederán los cónyuges de acuerdo, valiéndose de personas peritas y haciéndose cargo de la razón que

asista al reclamante. Mas si así no ocurriese, y la falta de conformidad originase una cuestión litigiosa, los tribunales la decidirán según el resultado de la prueba, previos los trámites correspondientes, que deben ser los del juicio declarativo que proceda según la cuantía del asunto.

III.—*Aseguramiento de la dote estimada.*—La ley distingue con razón entre los bienes muebles y los inmuebles. El marido, según el art. 1349, está obligado á asegurar con hipoteca especial suficiente todos los bienes no inmuebles que, como dote estimada, se le entreguen. Viene á repetir el Código lo preceptuado en general respecto á bienes muebles dotales en el número 3.º del art. 169 de la ley Hipotecaria.

En el derecho antiguo todos los bienes del marido quedaban tácitamente hipotecados ó afectos en favor de la mujer, en seguridad de la restitución de la dote. La ley Hipotecaria suprimió esa clase de hipotecas, y aceptando el sistema de publicidad y especialidad, estableció en su art. 168 el derecho de exigir en la mujer, y la obligación de prestar en el marido, una hipoteca sobre bienes determinados, que, mediante su inscripción, fuese por todos conocida y por todos, con justicia, respetada.

El Código en esta parte no ha tenido más que copiar, por lo que, con ligeras variantes, nacidas, ora de la experiencia, ora de las modificaciones introducidas en nuestra legislación, se limita en los arts. 1349 al 1354 á reproducir preceptos ya consignados en la ley Hipotecaria.

Veamos cuándo nace, cuándo cesa y cuándo se suspende la obligación de hipotecar; qué personas tienen derecho á exigir y calificar la hipoteca dotal; dentro de qué plazo puede hacerse; cuál es el procedimiento marcado para la constitución de la garantía; con qué requisitos se constituye; qué medidas se dictan para que sea una verdad el precepto del legislador, y cuál es la extensión, alcance y efectos de la hipoteca legal inscrita.

a) Por medio de hipoteca.—«Para que la dote dé lugar á la hipoteca legal, es necesario que haya sido entregada solemnemente al marido bajo fe de Notario.» Estas palabras de la exposición de

motivos de la primitiva ley Hipotecaria, dan idea cierta de las circunstancias exigidas para el nacimiento de la hipoteca legal, y en virtud de ellas, el art. 168 de dicha ley concede hipoteca legal en favor de las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos, por las dotes que les hayan sido entregadas solemnemente bajo fe de Notario.

Para que nazca la obligación es indispensable, por consiguiente:

1.º Que exista dote.

2.º Que la dote sea estimada, ó siendo inestimada, comprenda bienes no inmuebles.

3.º Que conste la entrega solemne de los bienes al marido, ó al menos que, confesada esa entrega antes del matrimonio ó dentro del primer año de él, se justifique la existencia de los bienes dotales ó la de otros equivalentes que los hayan sustituído en el momento de exigir la constitución de la hipoteca.

La hipoteca, mediante estas condiciones, se constituye bajo la base de haber de realizarse el matrimonio ó de haberse ya efectuado.

Cesa la obligación de hipotecar:

1.º Cuando la mujer casada mayor de edad y dueña de los bienes, que tenga la libre disposición de ellos, renuncia en absoluto el derecho que le corresponde á la hipoteca legal (art. 121 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria).

2.º Cuando el constituyente voluntario de la dote releva al marido de la obligación de hipotecar.

No puede decirse lo mismo respecto al padre ó á la madre obligados á dotar, pues en virtud de su obligación, no corresponde á ellos disponer en forma alguna de los bienes dotales, sino á la mujer. Ahora bien: en cuanto á la dote que constituyan sin necesidad, ó una vez cumplida por cualquiera de ellos su obligación, tendrán las mismas facultades que un extraño.

Se suspende la obligación de hipotecar:

1.º Cuando la mujer renuncia su derecho sólo condicional-

mente, ó por el momento, reservándose la facultad de ejercitarlo más adelante ó en determinadas circunstancias.

2.° Cuando tratándose de dote voluntaria, el constituyente releva al marido de la obligación de hipotecar, sólo de presente, ó hasta cumplirse ó dejarse de cumplir ciertas condiciones.

3.° Cuando el marido carezca de bienes propios con que constituir la hipoteca (art. 1354 del Código y 186 de la ley Hipotecaria).

Siempre que la dote estimada consista en bienes inmuebles, no puede decirse que el marido carece de bienes propios, puesto que pasando á él el dominio de dichos bienes, sobre ellos mismos debe ser constituída la hipoteca. Podrá suspenderse la obligación respecto á otros bienes no inmuebles dotales, si el marido no posee más fincas ó derechos reales hipotecables; pero nunca respecto á esos bienes, que han de llevar sobre ellos mismos la seguridad de la restitución de su valor.

En caso de no poder constituirse desde luego la hipoteca legal por carecer el marido de bienes, queda este obligado á hipotecar los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiera. Si tiene bienes, pero no suficientes, hipotecará los que tenga, y quedará obligado, en los términos del art. 1354, á completar la garantía cuando adquiera nuevas fincas ó derechos.

Se trata de una obligación, y como tal, sólo produce acción personal en favor de la mujer; de modo que si el marido adquiere después alguna finca y la hipoteca en favor de un tercero, éste tiene preferencia sobre la mujer, á menos de poder rescindirse el acto, como hecho en fraude de la misma.

La Dirección general de los Registros, por su resolución de 1.° de Septiembre de 1863, dispuso que cuando el marido adquiriese bienes y tratase de inscribirlos, los Registradores estuviesen obligados á ponerlo en conocimiento de las personas llamadas á pedir la constitución de la hipoteca dotal.

b) Depósito de los efectos públicos.—Hasta tanto que se constituya la hipoteca legal correspondiente, en los casos en que proceda, sea por dilatarse el cumplimiento de la obligación, sea por

deberse suspender la prestación de la garantía, el legislador ha tratado de asegurar en lo posible y sin exageración los intereses de la mujer. A este propósito obedece el precepto del art. 1355, aplicable solamente al caso en que los bienes de la dote estimada, ó una parte de ellos, consistan en efectos públicos ó valores cotizables.

El depósito de los títulos, inscripciones ó documentos que representen esos valores, en un establecimiento público de los destinados al efecto, *á nombre de la mujer,* significa que no se realiza desde luego la transmisión del dominio á favor del marido en esa clase de bienes, sino que se suspende la transferencia, quedando como inestimada realmente la dote, hasta tanto que se constituya la hipoteca legal procedente.

La medida provisional adoptada por el legislador en el artículo 1355, debe cesar en los mismos casos en que cesa la obligación de hipotecar. De ello se deduce también, á nuestro juicio, que, así como la mujer casada y mayor de edad puede renunciar á la hipoteca, y el dotante voluntario puede relevar al marido de esa obligación, pueden también, sin que preceda tal renuncia ó tal relevación, consentir expresamente en que el depósito interino de que habla la ley no se verifique.

Respecto á las personas que pueden exigir el depósito de los títulos, inscripciones ó documentos, debe entenderse que son las mismas que, con arreglo á los artículos 1352 y 1353, están llamadas á exigir la constitución de la hipoteca legal. En todo caso, el depósito ha de verificarse con conocimiento del marido, y si no existiese conformidad y se suscitase contienda judicial, decidirían los tribunales.

Cuando los títulos estuviesen ya depositados anteriormente á nombre de la mujer, resultará cumplida la ley; pero tanto en este caso como en el de procederse al depósito, los establecimientos públicos en que se conserven no deben verificar transferencia alguna á favor del marido, ni consentir por parte de éste acto alguno de dominio, aunque se les presente la escritura dotal ó las capitulaciones matrimoniales en que conste el carác-

ter estimado de la dote, mientras no se justifique haberse constituído la hipoteca legal correspondiente, ó no proceder, por cualquier circunstancia legítima, su constitución.

El precepto legal no debe estimarse aplicable á más bienes que á los taxativamente comprendidos en el mismo. El metálico, los documentos de crédito comunes ú ordinarios, asegurados ó no con hipoteca, las acciones no cotizables de sociedades, etc., todo lo que no pueda calificarse de efectos públicos ó valores cotizables, se hace propiedad del marido en la dote estimada, y puede de ello disponer, respondiendo sólo de su precio ó estimación, personalmente ó con hipoteca, según los casos.

Tienen, según el art. 68 del Código de Comercio, la consideración de *efectos públicos*:

1.° Los que por medio de una emisión representen créditos contra el Estado, las Provincias ó los Municipios, y legalmente estén reconocidos como negociables en Bolsa.

2.° Los emitidos por las naciones extranjeras, si su negociación ha sido debidamente autorizada por el Gobierno, previo dictamen de la Junta sindical del Colegio de Agentes de cambio.

Son *valores cotizables*, los mismos efectos públicos, y los documentos de crédito al portador, emitidos por establecimientos, compañías ó empresas nacionales ó extranjeras, previos determinados requisitos legales, que se consignan en los arts. 69 y 72 del mismo Código, y aun los de igual clase emitidos por particulares, siempre que se obtenga autorización de la Junta sindical del Colegio de Agentes de cambio, que deben concederla cuando se trate de efectos hipotecarios ó suficientemente garantidos, á su juicio y bajo su responsabilidad.

IV.—*Personas que tienen derecho á exigir y calificar la hipoteca dotal.*—Lo determinan con bastante claridad los arts. 1352 y 1353 del Código (que modifican en lo necesario los 182 y 183 de la ley Hipotecaria), y los 184 y 185 de dicha ley, y 131 de su reglamento, cuya doctrina es la siguiente:

Art. 184. **«El curador de la mujer podrá pedir la hipoteca dotal aunque exista la madre ó el que haya dado la dote, si no**

lo hicieren una ni otro dentro de los treinta días siguientes á la entrega de la dote.»

«También deberá el curador calificar y admitir la hipoteca ofrecida, si se negaren á hacerlo la misma madre ó la persona que haya dado la dote.»

Art. 185. «Pedida judicialmente la hipoteca dotal por cualquiera de las personas indicadas en el segundo párrafo del artículo 182, se observarán para su calificación y admisión las reglas siguientes:

»Primera. Si la dote fuere dada por el padre, por la madre ó por ambos, ó se constituyere con bienes propios de la hija, la calificación y admisión de la hipoteca corresponderán en primer lugar al padre, en su defecto á la madre, y, por falta de ambos, al curador.

»Segunda. Si la dote ó bienes que deben asegurarse fueren dados por cualquiera otra persona, corresponderán á ésta la calificación y admisión de la hipoteca, y sólo cuando ella no las hiciere después de requerida, podrán ejercitar igual derecho el padre, ó la madre en su defecto, ó el curador á falta de ambos.

»Tercera. El que deba calificar la hipoteca podrá oponerse á su admisión, bien por considerar insuficientes los bienes ofrecidos en garantía, ó bien por cualquiera otra causa que pueda afectar á su validez; mas si la oposición no fuese fundada, el Juez ó el Tribunal lo declarará así, y admitirá la hipoteca.»

Art. 131 del reglamento. «Cuando el Ministerio fiscal tuviese noticia de haberse entregado dote al marido de alguna mujer huérfana y menor de edad sin la hipoteca correspondiente, habiendo bienes con que constituirla, practicará las diligencias necesarias para averiguar si dicha mujer tenía ó no curador. Si lo tenía, pondrá el hecho en conocimiento del Juez ó Tribunal que le haya discernido el cargo, para que adopte las providencias correspondientes. Si no lo tenía, acudirá al Juez ó Tribunal para que compela al marido á la constitución de la hipoteca legal, procediendo para ello en la forma prevenida en el artículo 166 de la ley.»

La exposición de motivos fundamenta los preceptos de la ley, y los explica así: «Delicada es la cuestión de las personas á quienes debe otorgarse el derecho de exigir que preste el marido la hipoteca legal establecida á favor de la mujer, porque en ello se interesan, además de las consideraciones generales, las de orden y buena armonía en el matrimonio.

»Cuando el matrimonio ha sido ya contraído y la mujer es de mayor edad, ha reputado la Comisión como peligroso que cualquiera persona, por allegada que sea, venga á interponerse entre ella y el marido; ha temido por la felicidad doméstica de los cónyuges, y preferido que padezcan los intereses á que se perturbe la paz de las familias. Si la mujer calla teniendo capacidad para reclamar y franca la puerta para hacerlo, debe respetarse su silencio: la intervención de otras personas será generalmente más fecunda en males que en beneficios.

»Mas cuando aun no se ha contraído el matrimonio, cesan estos temores, y, sobre todo, si la mujer es menor de edad, no puede la ley disminuir la vigilancia especial y la protección que dispensa siempre á los que no considera con la aptitud y medios bastantes para protegerse á sí mismos.

»Por eso no sólo se permite, sino que se excita á las personas que más naturalmente se interesan por la mujer, á ejercitar el derecho de exigir la hipoteca y calificar su suficiencia. Entre ellas no podrá dudarse que el padre, la madre y el que dió la dote deben ser los primeros autorizados para reclamar la seguridad de los bienes de la mujer: el amor que á unos inspira la naturaleza, el deseo que debe tener el donante de que no se malogre el sacrificio que hace y que no perezca el donativo á manos de un marido disipador, son una prenda de que la hipoteca se exigirá y quedará constituída.

»Pero si la mujer estuviese bajo curaduría, hay ya una persona obligada á exigir la hipoteca al celebrarse el matrimonio: el curador que lo omite, debe quedar sujeto á responsabilidad, y el Promotor fiscal, en representación del Estado, tutor supremo de los menores, denunciará al Juez la conducta del curador,

bien de oficio ó bien á instancia de cualquiera persona que, compadecida de la desgracia ajena, quiera contribuir á su alivio, y solicitará que se compela al marido á otorgar la hipoteca. Para aumentar la seguridad de que no será eludido este deber, los Jueces de paz tienen el de excitar á los Promotores á su cumplimiento.»

La hipoteca en seguridad de los bienes dotales, en los casos en que procede, debe ser constituída por el marido.

Después de celebrado el matrimonio, si la mujer es mayor de edad, solamente ella puede exigir la constitución de hipoteca. La última parte del art. 121 del Reglamento permite á la mujer renunciar su derecho sólo en el caso de ser mayor de edad, dueña de los bienes que hayan de darse en dote, y teniendo la libre disposición de ellos, debiendo constar en la escritura, que habiendo sido enterada de su derecho á exigir la constitución de la hipoteca, renuncia á él. Pero realmente cuando es mayor de edad y está casada, bastan estas circunstancias, puesto que sólo á ella corresponde el derecho, y nadie puede obligarla á ejercitarlo ni ejercerlo si ella no lo hace. Ahora bien: no habiéndolo renunciado, no lo pierde, y puede exigir la hipoteca cuando lo crea conveniente.

Antes de contraerse el matrimonio, sea mayor ó menor de edad la mujer, ó después de contraído si es menor, parece que en primer término corresponde el derecho de exigir la hipoteca y calificar su suficiencia á la persona de quien proceden los bienes. La ley dice que *deberán* ejercitar el derecho el padre, la madre ó el que diere la dote, y aunque esto parece indicar que se trata en ellos de una obligación, es lo cierto que, si no lo hacen, nadie les obliga ni ninguna responsabilidad contraen, y así se deduce también de la exposición de motivos. La ley confía en su cariño é interés. Puede suponerse que, cuando no exigen la constitución de hipoteca, tienen suficiente confianza en el marido, y no la conceptúan necesaria. Bien puede el donante prohibir también la constitución de hipoteca, cuando no se trate de dote forzosa ú obligatoria.

El Sr. Escosura plantea, y en nuestra opinión resuelve con acierto, la siguiente cuestión: «¿Pueden indistintamente reclamar la constitución é inscripción de la hipoteca el padre y la madre, de manera que si el padre no las exige, esté facultada la madre para ello? En nuestro concepto, no: el padre tiene este derecho, y si él no lo ejercita, no pasa á la madre: jefe de la familia, sólo puede suplirle la mujer, autorizada por él, no por derecho propio.»

Si el padre no exige la constitución é inscripción de la hipoteca, no dice la ley si alguno ha de suplir esta omisión: su silencio, que no guarda respecto de las otras personas, nos inclina á creer que si el padre no conceptúa conveniente reclamarlas para garantir los intereses de su hija, nadie puede inmiscuirse, á semejanza de cuando nombra tutor relevado de fianzas.

El art. 185 de la ley Hipotecaria siempre habla del padre, y en su defecto de la madre, confirmando así la opinión expuesta. Por lo demás, cuando á la madre corresponda el derecho, nadie tampoco puede hoy suplir su omisión.

La esfera de acción del art. 184 de dicha ley ha quedado muy reducida. Con relación á la madre, su doctrina es hoy inaplicable por regla general: sólo en el caso de ser privada de la patria potestad, cabría la ingerencia del tutor, protutor ó consejo de familia. Con relación á un tercero que haya dado la dote, creemos que él es el único llamado á exigir ó no hipoteca, y que para lo relativo á su calificación basta con lo preceptuado en el número 2.° del art. 185 antes citado.

A falta de las personas mencionadas, deberán pedir que se hagan efectivos los derechos de la mujer, el tutor, el protutor, el consejo de familia ó cualquiera de sus vocales. Tenemos aquí una verdadera obligación, cuya sanción quiso establecer el artículo 131 del reglamento; pero de hecho resulta ineficaz. Dichas personas pueden y deben pedir la constitución de hipoteca indistintamente. No cabe suponer que la ley ha querido establecer entre ellos preferencia ni gradación alguna.

Sólo se da tutor á los menores cuando carecen de padres, de

modo que el precepto que nos ocupa es aplicable cuando los bienes en que se constituya la dote sean heredados ó legados, pues si proceden de donación, existirán las personas que la constituyeron, y solamente ellos podrán exigir la hipoteca. Pero si los bienes proceden de un pariente ó de un extraño en virtud de herencia ó legado, y existen el padre ó la madre, á éstos corresponderá el derecho de exigir la hipoteca dotal, puesto que *sólo á falta de ellos*, pueden ejercitarlo el tutor, protutor, etc., y estas personas no son nombradas sino en defecto de los padres.

El tutor no debe pedir que se haga efectiva la hipoteca, sino cuando la mujer sea *menor* de edad. Si es mayor, pero aun no está casada, ¿á quién corresponde pedirlo? A la mujer no, según el art. 1352, párrafo primero; si hay padres, será á ellos; pero, ¿y si no los hay? Como el organismo tutelar, si llegó á existir, ha terminado su misión, lo más práctico y procedente será conceder en ese caso sólo á la misma mujer el expresado derecho.

El Ministerio fiscal sólo debe intervenir cuando el tutor, protutor, etc., no pidan la constitución de hipoteca, no cuando dejen de pedirla el padre, madre ú otra persona, y su misión no es obligar á los tutores, sino pedir que se compela al marido, ó dar cuenta de la omisión al juzgado. (Véase el art. 131 del reglamento). La falta de organismo tutelar se resuelve, pues, en este caso, con la intervención del Ministerio fiscal.

Ni la ley Hipotecaria ni el Código civil determinan á qué Fiscal corresponde el cumplimiento del precepto, ni cuál es el Juez municipal competente para excitar su celo. Aun cuando en primer término debe tratarse del Fiscal y del Juez municipal del domicilio de los cónyuges, y á ellos sin duda alude la ley, la misma indeterminación del precepto permite considerar autorizado á cualquier Fiscal y á cualquier Juez que por otro concepto tengan competencia para intervenir, procurando eficazmente el cumplimiento de la obligación.

Sobre las reglas del art. 185 de la ley Hipotecaria relativas á la calificación, sólo advertiremos que cuando es un pariente

ó extraño el que dota, la ley parte del supuesto de que ha exigido la hipoteca, y no ha renunciado á su calificación.

Véase el comentario del art. 1361 del Código.

V.—*Plazo para exigir la hipoteca dotal.*—Según el párrafo segundo del art. 160 de la ley Hipotecaria, las hipotecas legales, en general, pueden exigirse en cualquier tiempo, aunque haya cesado la causa que le diese fundamento, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación que se debiera haber asegurado.

Muerto, por consiguiente, el marido, aun puede la mujer ó los que deban representarla y sostener sus derechos, exigir de los herederos de aquél la constitución de la hipoteca correspondiente. Muerta la mujer, sus herederos pueden todavía ejercitar su derecho, siempre, es claro, como dice el artículo, que se halle pendiente de cumplimiento la restitución de los bienes dotales ó de su valor, que es la obligación que se debió haber asegurado.

VI.—*Procedimiento para la constitución de la hipoteca dotal.*—La hipoteca dotal puede constituirse desde luego por el marido voluntariamente ó á excitación de cualquier persona. Si no se prestase á ello, rige el art. 165 de la ley Hipotecaria.

«Para constituir ó ampliar judicialmente y á instancia de parte, dice dicho artículo, cualquiera hipoteca legal, se procederá con sujeción á las reglas siguientes:

»*Primera.* El que tenga derecho á exigirla presentará un escrito al Juzgado del domicilio del obligado á prestarla, pidiendo que se constituya la hipoteca, fijando la cantidad por que deba constituirse, y señalando los bienes que puedan ser gravados con ella, ó por lo menos el Registro donde deban constar inscritos los que posea la misma persona obligada.

»*Segunda.* A este escrito acompañará precisamente el título ó documento que produzca el derecho de hipoteca legal, y si fuere posible, una certificación del Registrador en que consten todos los bienes hipotecables que posea el demandado.

»*Tercera.* El Juez, en su vista, mandará comparecer á su pre-

sencia á todos los interesados en la constitución de la hipoteca, á fin de que se avengan, si fuese posible, en cuanto al modo de verificarla.

»*Cuarta.* Si se avinieren, mandará el Juez constituir la hipoteca en los términos que se hayan convenido.

»*Quinta.* Si no se avinieren, ya sea en cuanto á la obligación de hipotecar, ó ya en cuanto á la cantidad que deba asegurarse, ó la suficiencia de la hipoteca ofrecida, se dará traslado del escrito de demanda al demandado, y seguirá el juicio los trámites establecidos para los incidentes en la ley de Enjuiciamiento civil.»

«En los casos en que deba procederse de oficio, añade el artículo 166, el Juez reclamará la certificación expresada al Registrador; en su vista, mandará comparecer al obligado á constituir la hipoteca, y con su audiencia y la del Ministerio fiscal, seguirá el juicio los trámites que quedan prescritos.»

Corresponde elegir ó determinar los bienes que han de gravarse, al marido, que es el obligado á prestar la hipoteca. Si la mujer ó sus representantes estiman que no es bastante la garantía ofrecida, ó si no convienen en la manera de distribuir el crédito entre las fincas ó derechos ofrecidos, la autoridad judicial decidirá la cuestión y ordenará lo procedente, previo dictamen de peritos. Este precepto del art. 162 parece referirse al caso de que el marido se preste voluntariamente á constituir la hipoteca, mientras que el art. 165 ha de aplicarse cuando no se presta á ello. Como la cuestión relativa á la suficiencia de la hipoteca en general ó con referencia á cada finca es de puro hecho, el Juez, para decidir, basta que oiga antes la opinión de personas competentes, sin que sean necesarios los trámites de los incidentes.

VII. —*Requisitos para la constitución de la hipoteca dotal.*—La hipoteca representa una limitación del dominio, un gravamen sobre bienes inmuebles, y no puede constituirse, por regla general, por las personas menores de veintitrés años ó incapacitados. Así se deduce claramente de los artículos 59, 164, 269, 317, 324 y 1263 del Código.

Dice, no obstante, el art. 1264, que la incapacidad para consentir está sujeta á las modificaciones que la ley determina, y en el art. 1318 se faculta al menor que con arreglo á la ley pueda casarse para otorgar sus capitulaciones matrimoniales, y estipular, por tanto, *todas las condiciones* de la sociedad conyugal relativamente á los bienes presentes y futuros, con el concurso y firma de las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor á fin de contraer matrimonio. El artículo 1323 dicta también una regla excepcional con relación á incapacitados.

La hipoteca que constituye el menor en garantía de los bienes dotales, debe estimarse como una condición de la sociedad conyugal. Pactada en capitulaciones matrimoniales, debe bastar la intervención de los padres, de los abuelos ó el consejo de familia, como exige el art. 1318, que, salvo en lo referente á los abuelos, viene á decir lo mismo que los artículos 317 y 59 respecto á menores ya emancipados.

Cuando la hipoteca se constituye por menores de edad ó incapacitados fuera de las capitulaciones matrimoniales, la cuestión es más dudosa. Exigen los artículos 164 y 269, autorización judicial ó del consejo de familia, previa justificación de la necesidad ó utilidad del gravamen para el menor; pero aquí se trata de una hipoteca que ha de prestar el marido aun contra su voluntad, porque la exige la ley, y, por lo tanto, se halla sobradamente justificada su necesidad, siendo este trámite completamente superfluo. Si se elimina esa innecesaria justificación, queda reducido el alcance de los artículos 164 y 269, á la autorización de los padres ó del consejo de familia, y esto es, en suma, lo que exige el art. 1318.

En su virtud, creemos que el menor y el incapacitado, aptos para contraer matrimonio, con intervención de las personas á que los artículos 1318 y 1323 se refieren, pueden siempre constituir hipoteca sobre sus bienes en seguridad de los bienes dotales ó parafernales entregados, y por tanto, que aun después del Código es aplicable la doctrina de las Resoluciones de la Di-

rección de los Registros de 5 de Mayo de 1865 y 3 de Mayo de 1878, dictada la última cuando regía la Real orden de 28 de Agosto de 1876, de donde se ha tomado el art. 164 del Código civil.

Además de la capacidad y de la calificación de suficiencia de los bienes ofrecidos en hipoteca y admisión de ésta por las personas á que se refiere el art. 1352, se exige para la validez del acto el otorgamiento de escritura pública y la inscripción.

En efecto, según el art. 159 de la ley Hipotecaria, para que las hipotecas legales se entiendan constituídas, se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituye. Hoy se exige el mismo requisito para las hipotecas en general por el artículo 1875 del Código civil.

El art. 159 de la ley Hipotecaria, lo mismo que el 1875 del Código, no quieren solamente decir, como enseñan algunos comentaristas, que la inscripción es necesaria para que la hipoteca pueda perjudicar á tercero, precepto que sería superfluo; sino que eleva la inscripción á un requisito indispensable para la existencia de la hipoteca misma, aun en las relaciones entre las partes. No debe suponerse que el precepto sobra en absoluto, sino más bien estimar que los autores de la ley Hipotecaria, en ese artículo como en otros varios, trataron de extremar sus medidas de precaución para obligar á los interesados á la inscripción del acto, único medio de que quedasen cumplidamente garantizados los derechos de la mujer, y al efecto exigieron ese requisito como amenaza de inexistencia de la hipoteca, caso de no cumplirse el precepto legal. Lo que sí puede afirmarse es que la hipoteca es un contrato que por su misma esencia mira á las relaciones con terceras personas, de tal modo, que entre las partes viene á resultar indiferente que se constituya ó no el gravamen, sirviendo sólo en su caso para simplificar el procedimiento para el cobro de los créditos asegurados.

VIII.—*Medidas para asegurar el cumplimiento de los preceptos legales en esta materia.*—Según el art. 121 del reglamento hipotecario, y el 41 de la instrucción sobre la manera de redactar

los instrumentos públicos sujetos á Registro, toda escritura de constitución de dote, no garantizada con hipoteca en el mismo acto, debe expresar, ó que dicha hipoteca se constituye en escritura separada, ó que la mujer renuncia á ella á pesar de haber sido enterada de su derecho, ó que el marido carece de bienes hipotecables y se obliga á hipotecar los primeros que adquiera. También parece que debía hacerse igual expresión cuando el dotante voluntario haya prohibido que se exija la hipoteca.

Además de esta disposición, de lo expuesto con relación á las personas que tienen derecho á exigir la constitución de la hipoteca dotal, plazo para ejercitar ese derecho y exigencia de la inscripción de la escritura, tienden al mismo fin los arts. 116 al 119 del reglamento hipotecario, que insertamos á continuación:

«*Art. 116.* Todo Notario ante quien se otorgue instrumento público del cual resulte derecho de hipoteca legal á favor de cualquier persona, advertirá á quienes corresponda, si concurrieren al acto, de la obligación de prestarla y del derecho de exigirla, expresando haberlo hecho en el mismo instrumento.

»*Art. 117.* Si la persona á cuyo favor resultare el derecho de hipoteca legal fuere mujer casada, hijo menor de edad ó pupilo, el Notario dará además conocimiento del acto al Registrador por medio de oficio, en el cual hará una sucinta relación de la obligación contraída, y de los nombres, calidad y circunstancias de los otorgantes. El Registrador acusará recibo al Notario.

»*Art. 118.* Si transcurrieren los treinta días siguientes al otorgamiento de la escritura sin constituirse la hipoteca correspondiente, y ésta fuere de las que, con arreglo á la ley, pueden y deben pedirse por personas que no hayan intervenido en el acto ó contrato que las cause, el Registrador pondrá el hecho en conocimiento de dichas personas ó del Ministerio fiscal, en el caso de que éste deba ejercitar aquel derecho con arreglo á la ley.»

Según el art. 119, cada seis meses el Registrador dará cuen-

ta al Presidente de la Audiencia de los actos ó contratos de que se le haya dado conocimiento que no hayan producido inscripción de la hipoteca, y de las gestiones que hubiese practicado.

Á pesar del celo é interés de la ley en todos sus preceptos para asegurar los intereses de la mujer casada en la dote, no dan sus disposiciones el resultado apetecido. La mujer rara vez deja de renunciar su derecho, como es natural, en la generalidad de los casos, y las demás personas facultadas ú obligadas para proceder en su nombre no cumplen por diversas causas, difíciles de evitar.

IX.—*Extensión y efectos de la hipoteca dotal inscrita.*—El artículo 1350 del Código, conforme con el 176 de la ley Hipotecaria, determina como cantidad que debe asegurarse por razón de dote estimada, el importe preciso de la estimación de los bienes. Nada debe el marido por razón de intereses; nada debe en tal caso fijarse tampoco por razón de costas, ni hay fundamento alguno para obligarle á responder de más ó menos cantidad que el valor de lo que recibe.

Cuando las fincas hipotecadas sean varias, es preciso distribuir entre ellas el importe del crédito asegurado, con arreglo al artículo 119 de la ley Hipotecaria, para que los terceros adquirentes, en su caso, conozcan la extensión de la responsabilidad del inmueble ó derecho real de que se trate.

Puede ocurrir que por deterioro de las fincas, transmisión de alguna de las hipotecadas ú otra causa análoga no resulte suficientemente asegurado el crédito dotal, y en tal caso puede exigirse la ampliación de la hipoteca correspondiente.

El art. 1350 preve el caso de reducirse el importe de la dote, ordenando que se reduzca la hipoteca en la misma proporción, pues nunca puede exceder de lo que se debe restituir. El artículo 176 de la ley Hipotecaria dispone que en tal caso se practique la cancelación parcial correspondiente; pero esto debe entenderse para los efectos de la reducción en cuanto á tercero.

Mientras siga el crédito á favor de la mujer, ella ó sus herederos, una vez reducida la dote, sólo tienen derecho al verda-

dero importe de ésta, aunque otra cosa exprese la hipoteca en su inscripción. Pero si ésta no se ha cancelado parcialmente, y el crédito hipotecario pasa á un tercero, á éste no puede perjudicarle la reducción, sea quien sea el dueño de la finca ó los derechos adquiridos sobre ella.

La dote puede reducirse por inoficiosa, por cumplimiento de condiciones resolutorias ó incumplimiento de condiciones suspensivas, por pagos legales de atenciones propias de la mujer, ó bien porque, con arreglo al art. 1348 del Código, el marido se haya creído perjudicado en la valuación, y haya pedido y conseguido que se deshaga el error ó agravio. En caso de reducirse la dote por inoficiosa, el marido deberá á la mujer el importe en que queda fijada la dote, y el resto de su valor, ó sea la parte en que se declare inoficiosa, á los coherederos forzosos de la mujer.

Si, por el contrario, se aumenta el importe de la estimación de la dote, puede pedirse ampliación de la hipoteca para que se asegure cuanto deba asegurarse, nunca más ni menos, pues el marido sólo responde del valor ó estimación de los bienes. Es una consecuencia del mismo art. 1350, y del 1349, que confiere á la mujer el derecho de exigir el aseguramiento del valor de los bienes muebles dotales estimados. Además, preceptúa en general el art. 163 de la ley Hipotecaria, que en cualquier tiempo en que llegaren á ser insuficientes las hipotecas legales inscritas, podrán reclamar su ampliación, ó deberán pedirla los que con arreglo á la ley tengan respectivamente el derecho ó la obligación de exigirlas y de calificar su suficiencia.

La dote puede resultar de mayor valor, bien en virtud de reclamación de la mujer ó sus herederos contra la estimación, bien por cumplimiento de condiciones suspensivas ó aumento de dote por nuevas constituciones, dación en pago de lo ofrecido como dote estimada, etc.

Una vez constituída la hipoteca dotal, é inscrita, por tanto, como previene el art. 159 de la ley Hipotecaria, surte, con arreglo al 161, los mismos efectos que la voluntaria, sin más

excepciones que las expresamente determinadas en la misma ley.

El art. 1351 del Código, conforme con el 175 de la ley Hipotecaria en su parte esencial, determina los efectos especiales de la hipoteca dotal, la cual garantizará la restitución de los bienes ó de su estimación, sólo en los casos en que dicha restitución deba verificarse conforme á las leyes, y con las limitaciones que éstas determinan, y dejará de surtir efecto siempre que por cualquier causa legítima quede dispensado el marido de la obligación de restituir.

La doctrina relativa á la restitución de la dote es objeto de la sección tercera de este capítulo del Código.

Cuando en virtud de lo pactado en las capitulaciones matrimoniales, ó por deber perder el cónyuge culpable ó de mala fe, en caso de divorcio ó nulidad, todo lo que le hubiere sido dado por el cónyuge inocente ó de buena fe, ó, en consideración al mismo, no proceda la restitución de bienes de la mujer asegurados con hipoteca legal, esta hipoteca deja de surtir efecto por extinguirse la obligación asegurada, y debe cancelarse. (Véase el comentario de los arts. 1365 y 1378.)

Aplica la doctrina del art. 1351 á la cancelación de una hipoteca constituída en garantía de las arras entregadas por el marido, en caso de divorcio, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Diciembre de 1892.

Los créditos asegurados con hipoteca dotal, como con cualquier otra hipoteca legal, no pueden cederse ó enajenarse sino cuando haya llegado el caso de exigir su importe, y sean legalmente capaces para enajenarlos las personas que los tengan á su favor. (Art. 155 de la ley Hipotecaria.)

Salvo estas reglas especiales, constituída la hipoteca legal en garantía de las aportaciones dotales de la mujer, sus derechos son tan sólo los marcados para los acreedores hipotecarios en general, como queda dicho; solamente los derechos ó fincas gravados garantizan, con relación á tercero, la devolución, sin preferencia alguna en lo que no alcance el valor de los mismos,

no ya sobre otros acreedores con garantía determinada inscrita, sino aun con relación á bienes muebles ó inmuebles no determinados del marido. Los arts. 1922 al 1929 del Código se ocupan de la clasificación y prelación de créditos: en ninguno de ellos se habla de preferencia á favor de las mujeres casadas por sus aportaciones al matrimonio. Dicha preferencia, en su caso, sólo se otorgará en relación con la naturaleza del documento en que funde su derecho y la garantía especial que pueda haberse obtenido. Los privilegios de la legislación antigua han desaparecido.

B) *Dote estimada en bienes inmuebles.*—El marido, dice el artículo 1349, está obligado á inscribir á su nombre é hipotecar á favor de su mujer los bienes inmuebles y derechos reales que reciba como dote estimada, *ú otros bastantes*, para garantir la estimación de aquéllos.

El art. 169, núm. 1.°, de la ley Hipotecaria dice en su esencia lo mismo. Exige la hipoteca de los mismos bienes de la dote; pero es claro que su objeto era garantizar por completo los intereses de la mujer, objeto que forzosamente debía estimarse cumplido, ya se hipotecasen los mismos bienes ú otros bastantes.

De ambos artículos se deduce que es en el marido una obligación el inscribir á su nombre y el hipotecar á favor de su mujer. Se hipotequen los mismos bienes ú otros distintos, los bienes hipotecados son los que el marido tiene obligación de inscribir previamente á su nombre. Ésta parece la interpretación más acertada, y es tan natural, que para su aplicación bastaba con lo preceptuado en los artículos 20 y 126 de la ley Hipotecaria.

Pero el art. 122 del reglamento para la ejecución de dicha ley, va aún más allá. Según él, el marido á cuyo favor no estuviesen inscritos los bienes inmuebles pertenecientes á la dote estimada de la mujer, no podrá ejercer respecto á ellos ningún acto de dominio ni de administración. Aunque escrito este artículo bajo la base del 169 de la ley, que exige la hipoteca de los

mismos inmuebles de la dote, se ve claro que no se trata ya de una mera exigencia de inscripción previa; es mucho más que eso: es que la inscripción se convierte en un requisito indispensable para la existencia del acto; es que no se transfiere al marido el dominio de los inmuebles de la dote estimada, con relación á tercero, ni con relación á la misma mujer, mientras la inscripción á su favor no se verifique, y por lo mismo, que todo acto de dominio que realice antes de inscribir es inexistente, no tiene fuerza ni validez alguna. Como los preceptos de la ley Hipotecaria se respetan por el Código, y como, á mayor abundamiento, el art. 1349 impone también al marido la obligación de inscribir, no cabe duda alguna sobre la vigencia del citado artículo 122 del reglamento, en lo racional y posible.

No es racional lo relativo á privar al marido de la administración de los bienes mientras no los inscriba. Tratándose de dote, sólo á él puede corresponder la administración, aunque se suponga que los bienes quedan como inestimados. Así, pues, el marido no administrará como dueño, pero sí en nombre de la mujer. En lo demás, la única limitación procedente en relación con el espíritu del precepto, consiste en aplicar ese artículo cuando realmente deba serlo, esto es, cuando haya de constituirse hipoteca en garantía de la dote estimada, por no renunciar á ella la mujer casada mayor de edad ó no haber sido relevado el marido de su obligación, ó cuando esa hipoteca, siendo procedente, no se constituya sobre otros bienes bastantes distintos á los de la misma dote, con arreglo al núm. 1.° del art. 1349 del Código. Garantizados cumplidamente los derechos de la mujer, ó no queriendo ella la garantía que le ofrece el legislador, no hay razón para imponer al marido un requisito tan excepcional como el que se deriva del citado art. 122.

Los bienes inmuebles ó derechos reales que se entreguen como dote estimada, dice el art. 172 de la ley Hipotecaria, se inscribirán á nombre del marido en el Registro de la propiedad en la misma forma que cualquiera otra adquisición de dominio, pero expresándose en la inscripción la cuantía de la dote de que

dichos bienes hagan parte, la cantidad en que hayan sido estimados y la hipoteca dotal que sobre ellos quede constituída, siempre, añadía con buen criterio la ley Hipotecaria de Ultramar, que el marido no hipoteque otros bienes distintos para garantir la estimación de aquéllos.

La inscripción de los inmuebles ó derechos reales á favor del marido, es desde luego una consecuencia de la transmisión de dominio que en la dote estimada se realiza; la obligación en él de solicitar esa inscripción, es, á su vez, una consecuencia del derecho de exigir en la mujer una hipoteca especial que asegure la restitución en su día del valor ó importe de los bienes dotales. Por eso el art. 1352, ya examinado anteriormente, establece como correlativo del deber en el marido de inscribir los bienes á su favor, el derecho en la mujer ó en las personas á que dicho artículo se refiere, de exigir esa inscripción.

Tratándose de bienes inmuebles estimados, los autores de la ley Hipotecaria encontraron un medio fácil y sencillo de asegurar los derechos de la mujer. La entrega de la dote para motivar la hipoteca legal correspondiente, debe constar en documento público. El Notario, como hemos dicho, dará conocimiento del acto al Registrador, y éste al Presidente de Audiencia y á ciertos interesados. Con esto, la obligación del marido y el deber de los padres y demás personas llamadas á exigir la inscripción y la constitución de hipoteca, parece natural que la escritura se presente en el Registro, y una vez presentada, hubiese sido ó no constituída la hipoteca correspondiente, se haría constar esa hipoteca como gravando los mismos bienes por todo su valor. De aquí los preceptos de los artículos 174 de la ley Hipotecaria y 123 de su reglamento: «Siempre que el Registrador inscriba bienes de dote estimada á favor del marido, hará de oficio la inscripción hipotecaria á favor de la mujer (art. 174), y lo hará necesariamente, aunque la escritura no contenga estipulación expresa de esa hipoteca (art. 123). Si el título presentado para inscribir el dominio no fuese suficiente para inscribir la hipoteca, se suspenderá la inscripción de ambos ac-

tos, tomando la anotación preventiva que proceda (art. 714).

No cabe duda que con estos preceptos se llega hasta donde es posible en interés de la mujer; pero obsesionados los autores de la ley Hipotecaria con su idea, olvidaron que existian otros artículos que no se avenían bien con lo preceptuado, y que establecían como absolutas reglas que sólo podían tener un carácter condicional y relativo. Los artículos 174 de dicha ley y 123 del reglamento, convierten en necesaría la inscripción que en general es voluntaria, y obligan al Registrador á velar por los intereses de las mujeres casadas, sobreponiéndose al parecer aun á la voluntad de ellas, haciendo más privilegiada esta hipoteca legal que otra alguna, contrariando otros preceptos legales, é imponiendo la inscripción de dicha hipoteca aun cuando no exista, sean los que fueren los inconvenientes que á ello se opongan.

Con arreglo al art. 182 de la misma ley (1352 del Código), sólo la mujer casada mayor de edad ó sus representantes legítimos, ó el dueño de los bienes que se dan en dote, pueden exigir esta hipoteca legal.

La mujer puede renunciar, siendo capaz, á ese derecho; el dotante voluntario puede relevar al marido de su obligación; los interesados pueden convenir en que la hipoteca se constituya sobre otros bienes, y en todos estos casos, á pesar de la inconcebible tiranía é imperio de los artículos 174 de la ley y 123 del reglamento, no cabe legalmente que sean observados.

Lo que el art. 174 quiere indudablemente, es que queden asegurados por completo los derechos de la mujer casada cuando deban serlo. Por tanto, dicho artículo no es aplicable:

1.° Cuando no haya lugar á la constitución de la hipoteca por renuncia de la mujer mayor de edad y capaz, previamente enterada de su derecho, ó por otra causa, en cuyo caso se hará así constar en la inscripción de dote.

2.° Cuando la hipoteca se constituya sobre otras fincas del marido, en cuyo caso se extiende naturalmente inscripción separada de ella, y basta que conste en la inscripción de dominio

de la finca dotal estimada que la hipoteca se constituye en otro documento ó sobre otras fincas de la propiedad del marido.

Pero cuando proceda la hipoteca y los bienes sean inmuebles, es imprescindible su constitución sobre los mismos bienes si el marido no tiene otros, ó teniéndolos, si no consta qne se haya constituído sobre otros distintos. De modo que si nada se dice de hipoteca en la escritura dotal ó se dilata su constitución innecesariamente, el Registrador no debe inscribir el dominio á favor del marido hasta que pueda inscribir también la hipoteca sobre los mismos bienes ó sobre otros bastantes, ó hacer constar que no procede. La anotación preventiva, en su caso, debe extenderse de oficio por el Registrador, consignando los defectos todos que observe, en cuya subsanación está interesado el marido.

Sobre todos los demás puntos relacionados con la hipoteca, nos referimos á lo expuesto anteriormente para el caso de deber asegurarse bienes muebles de la dote estimada.

C) *Códigos extranjeros.*—Establece en general la obligación en el marido de hipotecar bienes en seguridad de la dote, el artículo 1122 del Código de Guatemala.

Sobre incremento ó deterioro de la dote, el mismo Código, en los artículos 1123 al 1126, considera sólo como aumentos ó menoscabos en los bienes inmuebles los procedentes de la naturaleza, y en las alhajas y bienes preciosos, el mayor ó menor valor que puedan tener durante la sociedad conyugal por el transcurso del tiempo. En cuanto á las mejoras que se realicen en la dote por ambos cónyuges ó por alguno de ellos, ó que provengan de nueva forma ó destino, se declaran gananciales ó comunes.

En el Código de Méjico, el incremento ó deterioro de los bienes dotales pertenece como regla general á la mujer. Lo mismo se desprende de los artículos 1562 del Código de Francia, 1408 del de Italia y 1157 y 1163 del de Portugal.

Los artículos 2000, núm. 7.°, y 2001 al 2010 del Código de Méjico, tratan de la hipoteca necesaria que debe constituir el marido en seguridad de la dote.

El art. 906 del Código de Portugal establece también hipoteca legal por razón de la dote.

Aunque el art. 1969 del Código de Italia habla de hipoteca legal por los bienes dotales, el 1400 del mismo Código, como el 1550 del Código francés, declaran que el marido no está obligado á prestar fianza por la dote que recibe, si no hubiese quedado en el deber de hacerlo con arreglo á las capitulaciones matrimoniales ó al acto de constitución de aquélla, á no llegar á estar la mujer en peligro de perder su derecho á la restitución. Esta contradicción se resuelve en el sentido de proceder la hipoteca legal cuando el marido tiene bienes hipotecables, pues en ello se halla interesado él mismo y sus hijos, y no proceder cuando carece de tales bienes, á pesar de lo cual, si en las capitulaciones quedó obligado á dar fianza, debe hacerlo siempre, tenga ó no bienes inmuebles, dando prenda ó presentando fiadores abonados.

ARTICULO 1356

En los casos en que el marido esté obligado á asegurar con hipoteca bienes muebles de dote inestimada, serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 1349 al 1355 respecto á las dotes estimadas.

A) *Precedentes legales.*—Véanse los artículos 1349 á 1355. Véase también en el 1346, el 177 de la ley Hipotecaria.

B). *Comentario.*—Tratándose de dote inestimada, la hipoteca legal sólo puede exigirse al marido por razón de los bienes muebles en ella comprendidos. Los inmuebles no es natural que desaparezcan, y llevan en sí mismos la seguridad de su restitución, mediante su inscripción en el Registro de la propiedad.

La mayoría de los preceptos relativos á la dote inestimada, salvo en lo que afecta á su restitución, se contienen en la sección siguiente, artículos 1357 á 1363. Pero respecto á la hipoteca legal en garantía de los bienes muebles inestimados, las disposiciones son idénticas á las ya estudiadas que se ocupan

de los bienes muebles de la dote estimada. Por eso el art. 169 de la ley Hipotecaria, en su núm. 3.º, no distingue entre una y otra clase de dote, y se limita á conceder derecho á la mujer para que el marido asegure con hipoteca especial suficiente todos los bienes no inmuebles que se le entreguen por razón de matrimonio. La única diferencia consiste en deberse restituir los mismos bienes ó su valor.

A los efectos de la hipoteca, como es preciso marcar la responsabilidad de la finca ó fincas gravadas, es indispensable valuar los bienes cuya restitución se asegura, aunque esta estimación no altere la naturaleza de la dote, como determina el artículo 177 de la ley Hipotecaria.

Todo lo expuesto anteriormente sobre el nacimiento, la extensión y la suspensión de la obligación de hipotecar, personas que deben exigir y calificar la hipoteca dotal, plazo para ello, requisitos de la constitución, medidas dictadas para hacer eficaz el precepto, extensión y efectos de la hipoteca inscrita, puede darse por reproducido en este lugar.

Como la dote inestimada sigue perteneciendo á la mujer, es en ella más fácil y frecuente el caso de deber ampliarse ó reducirse la hipoteca á medida que los bienes muebles dotales aumenten ó disminuyan.

El art. 1356 impone al marido la obligación *en los casos* en que proceda la hipoteca en garantía de la gestión y restitución de los bienes muebles inestimados. Con esas palabras sólo puede aludir á que hay casos en que cesa tal obligación como hemos hecho notar en el comentario de los artículos anteriores.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LA ADMINISTRACIÓN Y USUFRUCTO DE LA DOTE

Dentro de la importancia relativa que aun se concede á la dote en nuestro derecho, la sección que vamos á examinar es de gran interés, porque encierra el verdadero contenido de la institución dotal durante el período de su existencia.

Es de notar que los preceptos de esta sección se refieren á la dote inestimada, lo cual es lógico y natural, puesto que constituída la dote con la calidad de estimada, pasa el dominio al marido, y las consecuencias de esta transmisión se presentan llanas y sencillas, no mereciendo preceptos excepcionales, mientras que en la dote inestimada, el hecho de pertenecer el dominio á la mujer, la administración al marido y el usufructo al mismo, con la obligación de atender al sostenimiento de las cargas del matrimonio, crea una serie de relaciones complejas y difíciles, que forzosamente habían de traducirse en preceptos especiales, algunos de ellos susceptibles de contradicción y de posibles dudas y complicaciones legales en la práctica.

ARTÍCULO 1357

El marido es administrador y usufructuario de los bienes que constituyan la dote inestimada, con los derechos y obligaciones anexos á la administración y al usufructo, salvas las modificaciones expresadas en los artículos siguientes.

A) *Precedentes legales.—Ley 7.ª, tít. 11, Partida 4.ª* «En possession deue meter el marido á la mujer de la donacion quel faze, é otrosí la mujer al marido de la dote quel da; é como quier quel vno meta al otro en tenencia dello, todauia el marido deue ser señor é poderoso de todo esto sobredicho; é de rescebir los frutos de todo comunalmente, tambien de lo que da la mujer como de lo que da el marido, para gouernar á sí mismo, é á su mujer, é á su compaña, é para mantener é guardar el matrimonio bien é lealmente.»

B) *Comentario.*—El art. 1276 del proyecto de Código de 1851, decía: «Al marido pertenece la administración y usufructo de la dote, con la obligación de cumplir las cargas matrimoniales, y con las demás obligaciones y derechos propios del usufructuario, salvo, etc.»

La omisión en el art. 1357 de la obligación del marido de

cumplir las cargas matrimoniales, parece á primera vista que tiende á simplificar la materia, afirmando el derecho del marido á la administración y usufructo de los bienes dotales inestimados con completa independencia de su deber de atender al sostenimiento de las cargas del matrimonio; deber que le corresponde siempre, aunque no exista dote. La omisión en la definición de la misma de ese fin especial de su constitución, señalado en el derecho antiguo, da más fuerza á esta suposición.

Sin embargo, lo que hace en realidad la ley, es no establecer una relación directa é inmediata entre la dote y la citada obligación, por lo mismo que ésta existe de todos modos; pero asignando á los frutos, y aun á los mismos bienes en ciertos casos, la responsabilidad consiguiente. Cuando existe el sistema de gananciales, constituye una de las obligaciones de la sociedad el sostenimiento de la familia, al cual hay que atender en primer término con los bienes de esa sociedad, una de cuyas fuentes más importantes, según el núm. 3.º del art. 1401, son los frutos, rentas ó intereses percibidos ó devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes ó de los peculiares de cada uno de los cónyuges.

Los bienes de la dote estimada son propiedad del marido; los de la inestimada son propiedad de la mujer. Los frutos naturales ó civiles procedentes de la dote, tanto estimada como inestimada, son, por lo tanto, según dicho art. 1401, bienes gananciales ó pertenecientes á la sociedad de gananciales.

Confirma esto mismo el art. 1364, que en el caso de deber imperar el régimen dotal, asigna al marido todos los frutos que serían gananciales en el caso de existir dicha sociedad.

¿Cómo se concibe el hecho de ser el marido usufructuario de los bienes dotales inestimados y pertenecer los frutos á la sociedad, ó sea á ambos cónyuges y á sus hijos? El art. 1401, habla de frutos y rentas ó intereses percibidos ó devengados. ¿Podrá decirse que antes de percibirse ó devengarse esos frutos y rentas, pertenecen al marido, y que de éste es el derecho mismo de usufructo, aunque los frutos ya separados ó convertidos en bie-

nes muebles correspondan á la sociedad? De ningún modo; el art. 1401 lo que afirma, es que los frutos de los bienes peculiares de cada uno de los cónyuges, son bienes gananciales, naturalmente desde que pueden considerarse como verdaderos frutos con independencia. Las rentas ó intereses aun no devengados, no existen; los frutos naturales ó industriales no percibidos, aun no tienen existencia independiente; en cuanto éstos la tengan, ó aquéllos lleguen á existir, son gananciales. Pero de esta regla no puede sacarse la consecuencia á que nos hemos referido, porque, ¿para qué sirve al usufructuario su derecho á los frutos futuros, aun no devengados ó pendientes, y aun su mismo derecho de usufructo, si en cuanto aquellos frutos se devenguen ó separen tienen ya marcado por la ley un dueño á quien no se le pueden arrebatar? Si al usufructuario no le queda el derecho de hacer suyos los frutos de la cosa, ¿qué le queda?

He aquí por qué á pesar de la omisión hecha en el Código del destino especial de los frutos de los bienes dotales, tanto al definir la dote, como al determinar en el art. 1357 las obligaciones en general del marido, no hay más remedio que suponer que siempre que rija en el matrimonio el sistema de gananciales, sufre el usufructo de todos los bienes peculiares de uno ú otro de los cónyuges una transformación ó limitación especial, por virtud de la cual los frutos se hacen comunes y se destinan al cumplimiento de todas las cargas ú obligaciones de la sociedad.

Ahora bien: cuando en el matrimonio impera el régimen dotal, ó cuando en las capitulaciones se excluye el sistema de gananciales sin aceptar ninguno determinado, el marido es, en toda la extensión de la palabra, verdadero usufructuario de los bienes muebles ó inmuebles de la dote inestimada, y principalmente para ese supuesto aparece escrito el precepto del artículo 1357, en relación evidente con el 1364.

Fuera de esos casos, y existiendo dote, había que calificar de algún modo el derecho del marido en los bienes dotales inestimados, y en general se le califica de administración y usufructo, con las modificaciones que se consignan en los siguientes

artículos (1358 al 1363), impere ó no el régimen dotal y con las modificaciones ó limitaciones que pueda imponer el sistema especial que rija en el matrimonio, y por tanto, rigiendo el de gananciales, con la que se deduce del núm. 3.º del art. 1401.

Lo que no era posible, tratando en general de la dote, y en vista del precepto del art. 1364, era consignar en el 1357 que los frutos de la dote habían de ser considerados como gananciales.

Las modificaciones á que el art. 1357 alude son escasas, aunque algunas importantes. El marido no tiene obligación de prestar fianza como usufructuario, porque se le imponen obligaciones especiales que equivalen á la de afianzar (arts. 1358 y 1361, segundo párrafo). El marido puede, en ciertas condiciones, enajenar los efectos públicos, valores cotizables y bienes fungibles y sustituirlos con otros equivalentes (art. 1359). El marido sólo es responsable del deterioro causado en los bienes por su culpa ó negligencia (art. 1360).

En cambio no puede arrendar sino limitadamente los bienes dotales (art. 1363). El incremento de los mismos pertenece siempre á la mujer (art. 1360), y se les impone una responsabilidad especial y subsidiaria en el art. 1362.

Fuera de esto, los derechos y las obligaciones del marido en los bienes de la dote inestimada, son en general los anexos á la administración y al usufructo, en cuanto, como queda dicho, no imponga alguna limitación el sistema, compatible con la dote, por que se rija la sociedad conyugal ó las capitulaciones.

Daremos, pues, una ojeada general á la materia.

a) *Administración.*—La administración de los bienes dotales corresponde siempre durante el matrimonio al marido, á no sobrevenir circunstancias excepcionales. Cuando la dote es estimada, administra como dueño; cuando es inestimada, administra en nombre de la mujer; es un mandatario con las facultades propias de un administrador común, pues si parecen algo más extensas, es porque es algo más que un simple administrador.

¿Puede privarse al marido de esa administración? En virtud

de pacto ó estipulación expresa en las capitulaciones matrimoniales no cabe tal privación, porque equivaldría á cambiar la naturaleza de los bienes, quitándoles su cualidad de dotales. Habiendo, pues, dote, el precepto del art. 1357 es imperativo y de imprescindible aplicación.

El marido sólo puede ser privado de la administración de los bienes dotales en los casos á que se refieren los arts. 1441 y 1443, quedando en suspenso ese derecho cuando el marido es menor de diez y ocho años, con arreglo al art. 59.

El marido, como administrador en los casos normales de los bienes dotales inestimados, debe atender á su cuidado y conservación; tiene facultad de exigir la entrega de lo ofrecido como dote y de los intereses que procedan, estipulando las garantías convenientes; cobra rentas y créditos, liquidando cuentas y dando los oportunos recibos; arrienda los bienes inmuebles, coloca el capital, hace respetar las servidumbres, percibe el canon ó pensión en los censos, comparece en juicio como demandante ó como demandado, etc.

b) Usufructo.—Si se exceptúan las modificaciones consignadas en los arts. 1358 al 1363 y algunas otras derivadas de los 1368 y 1380, y salvas las condiciones especiales estipuladas en el contrato matrimonial, ó las deducidas del sistema aceptado, rige la doctrina del Código civil relativa al usufructo.

Los frutos de los bienes dotales, pendientes al empezar el usufructo, ó sea al tiempo de la celebración del matrimonio, pertenecen al marido como usufructuario, sin obligación de abonar ninguno de los gastos hechos para el cultivo ó producción. Se dice que el Código no ha previsto este caso; creemos que combinado el art. 1357 con el 472, la cuestión es bien clara.

Al marido corresponde percibir los frutos naturales, industriales ó civiles de los bienes con arreglo á los arts. 471 al 475, aunque rigiendo el sistema de gananciales, dichos frutos se consideren comunes y tengan su destino especial.

En cuanto á minas y tesoros, han de aplicarse los artículos 477 y última parte del 471.

Especialmente nos ocuparemos después de la cuestión relativa á la enajenación y gravamen del derecho de usufructo legal en los bienes dotales.

Con relación á lo dispuesto respecto al usufructo en los artículos 481 y 482, véase lo consignado en los artículos 1359 y 1360.

Los artículos 487, 488 y 503 pueden estimarse modificados en parte por el 1368.

De las obligaciones impuestas al usufructuario en el art. 491, la primera, ó sea la formación de inventario, es imprescindible, porque es necesario determinar los bienes cuyo dominio pasa al marido y de cuyo valor responde, y aquellos que deben en su día ser restituídos; pero esta obligación resultará cumplida fácilmente en la dote, por haber de constar su entrega en escritura pública y bajo fe de Notario, ó en virtud de confesión oportuna, confirmada por la existencia de los mismos bienes ó de otros equivalentes.

Respecto á la obligación de afianzar, véase el art. 1358. No rigen los artículos 492 al 496, ni en lo que á ese particular se refiere, el 507.

El marido debe cuidar las cosas dotales como un buen padre de familia, siendo responsable de cuantos daños y perjuicios se originen á la mujer por su culpa ó negligencia; debe, pues, costear las reparaciones ordinarias, aplicándose los artículos 500 al 502, en relación con el 1408; debe pagar las cargas y contribuciones anuales, y el importe de las que se consideren gravámenes de los frutos, y las rentas ó pensiones, con arreglo á los artículos 504, 505, 508 y 1410; debe y puede reclamar los créditos vencidos, y dar al capital una colocación ventajosa. Véase el art. 1375.

Sobre casos particulares rigen en general los artículos 483 al 486, 490, 499, 509 y 510. Las obligaciones de los artículos 511 y 512 tienen en cuanto á la dote una garantía eficaz, por ser el marido el jefe de la sociedad conyugal. Véase el art. 1377.

Al tratar de la restitución de los bienes dotales, veremos

todo lo relativo á la extinción del usufructo y relaciones que se establecen.

c) *Enajenación y gravámen del derecho de usufructo sobre los bienes dotales inestimados.*—El derecho de usufructo legal que corresponde al marido, es en todo análogo al que corresponde á los padres sobre los bienes de sus hijos.

La poca frecuencia con que se presentan en Castilla cuestiones litigiosas relativas á la dote, hace que no existan sentencias ni resoluciones acerca de la cuestión que nos ocupa. La generalidad de expresión del art. 480 del Código, que en absoluto permite á todo usufructuario enajenar y gravar su derecho, puede dar lugar á duda, pero entendemos que no debe existir. El espíritu del Código se muestra con toda claridad en el art. 1363: si el marido no puede constituir sobre los bienes dotales inestimados ni aun arrendamientos que confieran un verdadero derecho real, menos podrá ceder ni gravar el derecho de usufructo. Subsisten todas las razones que movieron á los autores de la ley Hipotecaria á prohibir la enajenación ó hipoteca en el art. 108, y éste, en lo que al usufructo legal del marido se refiere, debe estimarse vigente.

No debemos insistir más en esta cuestión. En general, nos ocupamos de ella en el art. 480, y con relación al usufructo legal de los padres, examinamos ya el derecho aplicable y la jurisprudencia, tanto en caso de embargo, como en el de enajenación ó gravamen voluntario, al comentar el art. 161 en la segunda edición de esta obra. Como los términos del problema son idénticos, nos referimos á lo expuesto en dichos artículos.

C) *Códigos extranjeros.*—Concuerda nuestro art. 1357 con los 1399 del Código de Italia y 1549 del Código francés, éste escrito para el caso de estipularse entre los cónyuges el régimen dotal.

También concuerda con los 2269 y 2271 del Código de Méjico.

ARTÍCULO 1358

El marido no está obligado á prestar la fianza de los usufructuarios comunes; pero sí á inscribir en el Registro, si no lo estuvieren, á nombre de la mujer y en calidad de dote inestimada, todos los bienes inmuebles y derechos reales que reciba en tal concepto, y á constituir hipoteca especial suficiente para responder de la gestión, usufructo y restitución de los bienes muebles.

A) *Precedentes legales.*—Propiamente sólo pueden estimarse precedentes de este artículo, las disposiciones de la ley Hipotecaria relativas á la hipoteca dotal, de que nos hemos ocupado en otro lugar, y además los artículos siguientes de la misma ley:

«*Art. 169.* La mujer casada á cuyo favor establece esta ley hipoteca legal, tendrá derecho:

»*Segundo.* A que se inscriban en el Registro, si ya no lo estuvieren, en calidad de dotales, los bienes inmuebles y derechos reales que el marido reciba como inestimados y deba devolver en su caso:»

«*Art, 173.* Cuando la mujer tuviere inscritos, como de su propiedad, los bienes inmuebles que hayan de constituir dote inestimada, ó los parafernales que entregue á su marido, se hará constar en el Registro la cualidad respectiva de unos ú otros bienes, poniendo una nota que lo exprese así al margen de la inscripción de propiedad.

»Si dichos bienes no estuvieren inscritos á favor de la mujer, se inscribirán en la forma ordinaria, expresando en la inscripción su cualidad de dotales ó parafernales.»

La ley 25, tít. 11, Partida 4.ª, exigía solamente determinadas condiciones para la adquisición del usufructo por el marido: «Necesarias, decía, son al marido tres cosas, e conviene por fuerça que las aya, para ganar el fruto de la dote que le dió su

muger. La primera es, que el matrimonio sea fecho. La segunda es, que sea metido en tenencia de la dote. La tercera, que sufra el embargo del matrimonio, gouernando á si mismo, é á su muger, é sus fijos, é la otra compaña que ouieren.»

B) *Comentario.*—El marido no está obligado á prestar la fianza de los usufructuarios comunes. No es, sin embargo, que la ley pretenda favorecer al marido con esa excepción, pues en equivalencia de la fianza ordinaria de los usufructuarios, se le imponen otras obligaciones especiales que tienden al mismo fin: asegurar cumplidamente los intereses de la mujer.

Las obligaciones son dos: inscripción de los inmuebles á nombre de la mujer, é hipoteca legal en seguridad de los bienes muebles.

1.° *Inscripción.*—El marido no se halla obligado á constituir hipoteca en garantía de su administración y relativo usufructo sobre los bienes inmuebles ó derechos reales aportados en concepto de dote inestimada. Dichos bienes, como del dominio exclusivo de la mujer, se inscriben á su nombre, como exige el núm. 2.° del art. 169 de la ley Hipotecaria, en la forma que expresa el 129 del reglamento, con lo cual queda cumplidamente asegurado su derecho.

Si los bienes inmuebles de la dote inestimada estuviesen ya inscritos á favor de la mujer, se pondrá en la inscripción la nota marginal que expresa el art. 126 de dicho reglamento de acuerdo con el precepto del 173 de la ley, haciendo constar la entrega al marido en concepto de dote inestimada, la persona que la ha constituído y la fecha de la escritura y nombre del Notario ante quien se hubiese otorgado.

Si las fincas se hallaren razonadas en el antiguo Registro, se pondrá en éste la nota sin trasladar el asiento, á no ser que se solicite la traslación.

2.° *Hipoteca.*—Debe asegurarse, como dice el art. 1358, la gestión, usufructo y restitución de los bienes muebles. Véase el comentario del art. 1356.

Según el párrafo segundo del art. 1361, enajenados los bie-

nes inmuebles de la dote inestimada, tiene también el marido obligación de constituir hipoteca en seguridad de su precio del propio modo y con iguales condiciones que respecto á los bienes de la dote estimada.

De aquí deduce un autor competente, que tanto en el caso del art. 1361 como en el del 1356 y 1358, en los que se trata de bienes muebles, la dote *inestimada*, á los efectos de su garantía y restitución, sufre una transformación en *estimada*. Estas frases inducen, por lo menos, á confusión. Siempre ha de resultar que el dominio pasa al marido en los bienes muebles de la dote estimada, mientras que en los de la inestimada queda en la mujer. Cuando se trata de dinero, precio de una venta, el caso podrá ser indiferente; mas cuando se trata de otros bienes no inmuebles, si á los efectos de la restitución la dote inestimada se transformase en estimada, el marido respondería siempre del valor, aunque sin culpa suya se deteriorasen ó perdieran los bienes, lo cual no puede en modo alguno admitirse, porque eso equivaldría á convertir siempre los bienes muebles en dote estimada ó propiedad del marido, contra lo dispuesto en los artículos 1346, 1360, 1372, 1375 y otros varios.

Lo que el legislador establece sin mirar á la restitución, sino sólo á la hipoteca, es que ésta se constituya también por el marido á instancia de las mismas personas, y con idénticas facultades de renuncia, relevación, etc., en igual plazo, con los mismos requisitos, y con iguales efectos en general ó relativamente á su reducción ó ampliación, garantizando, sobre todo, como expresa el art. 1351, la restitución *«de los bienes ó de su estimación*, según los casos, para cuando deba verificarse *conforme á las leyes y con las limitaciones que éstas determinen»*.

C) *Códigos extranjeros.*—Tienen relación con este artículo los 2277 y 2278 del Código de Méjico, 1400 del de Italia, 1550 del de Francia y 1139 del de Portugal.

ARTÍCULO 1359

No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, el marido que reciba en dote estimada ó inestimada efectos públicos, valores cotizables ó bienes fungibles y no los hubiese asegurado con hipoteca, podrá, sin embargo, sustituirlos con otros equivalentes, con consentimiento de la mujer si ésta fuese mayor, y con el de las personas á que se refiere el art. 1352, si fuese menor.

También podrá enajenarlos con consentimiento de la mujer, y en su caso de las personas antes enunciadas, á condición de invertir su importe en otros bienes, valores ó derechos igualmente seguros.

A) *Precedentes legales.*—Aunque no existen precedentes concretos, el criterio de las Partidas respecto á la dote consistente en bienes fungibles, resulta claro en la ley 21, tít. 11, Partida 4.ª, según la cual, «si establesciesse la muger la dote en cosa que se pudiesse contar, assi como en auer amonedado de qual manera quier que sea, ó en cosa que se pueda pesar, assi como oro, ó plata ó otro metal, qualquier que sea, ó en cera, ó en otra cosa semejante, ó en cosa que se pueda medir, assi como ciuera ó vino, ó olio, ó otra qualquier que se pueda medir, todo el pro ó el daño que auiniesse en qualquier destas cosas, despues que fueron dadas, sería del marido é non de la muger. E esto es, porque desque ge las da la muger, puédelas el marido vender, é facer dellas lo que quissiere, para seruirse dellas é mantener el matrimonio mientra durare».

B) *Comentario.*—El art. 1359 se refiere al mismo supuesto que el 1355, si bien no se limita á los efectos públicos y valores cotizables, sino que también comprende los bienes fungibles.

Para la aplicación del artículo es indispensable:

1.º Que el marido deba haber constituído hipoteca en garantía de la administración y restitución de esa clase de bienes ó de su valor.

2.º Que la hipoteca no haya sido constituída, sea por falta de bienes en el marido, sea por cualquiera otra circunstancia.

Si, pues, la mujér ha renunciado válidamente á su derecho, ó, por otro motivo, no procede la hipoteca, aunque ésta nó se constituya, el art. 1359 no es en principio aplicable, debiendo regir, dado el texto del artículo, los preceptos generales, lo mismo que en el caso de estar cumplidamente asegurados los intereses de la mujer. Ya veremos, sin embargo, que esta conclusión no es siempre admisible.

El art. 1359 se refiere lo mismo á la dote inestimada que á la estimada. Esto no envuelve anomalía alguna. Ya dijimos al comentar el art. 1355, que su precepto equivalía á declarar que, hasta estar constituída la hipoteca, el dominio de los efectos públicos ó valores cotizables de la dote calificada de estimada, no pasaba al marido, y, por tanto, que esos bienes quedaban realmente en condición provisional de inestimados. Por esto, en el artículo 1359 se equiparan ambas especies de dote. En cuanto á los bienes fungibles, su propia naturaleza explica la razón del precepto, y el que se equiparen á los efectos públicos ó valores cotizables, ya deba devolverse otro tanto de la misma especie, ó su valor atendiendo á la época de la constitución de la dote.

Esto supuesto, el art. 1359 concede al marido en tales bienes dos facultades excepcionales: la sustitución de los bienes aportados por otros equivalentes, y la enajenación, invirtiendo el importe en otros bienes, valores ó derechos igualmente seguros.

Es requisito común para el ejercicio de estas dos facultades el consentimiento de la mujer, y, si fuese menor, el de las personas á que se refiere el art. 1352.

Bien examinadas las facultades concedidas en el art. 1359, pueden reducirse á una sola: la de disponer en cualquier forma de los bienes fungibles, valores y efectos, siempre que medie el expresado consentimiento, y sean sustituídos por otros equivalentes ó seguros. Así, pues, cabe consumir por el uso, por ejem-

plo, el vino ó el grano, destinar éste á la siembra ó aquél para alcohol; gastar ó emplear el metálico, hacer préstamos, cambiar los valores, venderlos, etc.; disponer, en suma, sin las formalidades exigidas en general para la enajenación de los bienes de la dote inestimada en el art. 1361.

La enajenación ó disposición en esa clase de bienes, pertenezcan á la dote estimada ó á la inestimada, se realiza por el marido. Llama este precepto la atención por no ser natural que sea el marido el que disponga de objetos cuyo dominio se declara perteneciente á la mujer; pero aparte de que se exige precisamente el consentimiento de ella ó de los que deben representar su derecho, lo que equivale á contar con la voluntad del dueño, no puede perderse de vista que el legislador considera al marido como administrador y usufructuario de los bienes dotales, y que mediante la condición de sustituirlos por otros equivalentes, ó por valores ó derechos tan seguros como los enajenados, el acto de disposición viene á ser á lo más una pequeña ampliación de las facultades correspondientes al usufructuario, puesto que éste, aun en casos normales, puede disponer de los bienes fungibles, y como bienes fungibles pueden considerarse los efectos públicos y valores cotizables por la posibilidad de su sustitución.

Cuando la mujer es mayor de edad, el precepto no ofrece en la práctica dificultades. Cuando es menor y se trata de bienes fungibles, habrá casos en los que la intervención de los padres, ó del que dió la dote, ó del tutor, protutor, etc., signifique sólo un tramite molesto, del que se ha de prescindir muchas veces en la práctica por estimarlo inútil. Supongamos que forma parte de la dote inestimada una partida de grano ó de vino; que es menor de edad la mujer, y que no está asegurada con hipoteca la restitución: ¿podrá pretenderse que el marido no pueda consumir ese vino en la familia, ni convertir el trigo en harina y ésta en pan, sin que el padre, ó el tutor ó el consejo se mezclen en el asunto y presten su conformidad? Sin duda que el artículo así lo exige para todo acto de sustitución ó disposición, que-

riendo que medie una autorización en general y no al detalle ó cada día, y que las personas á que alude cuiden de que se sustituya lo consumido; pero en esos casos y otros análogos, para los que la ley no podía dictar, por su insignificancia y falta de trascendencia, un precepto especial, el buen sentido prescindirá de formalidades, supliendo á la falta de consentimiento actual una autorización anterior, ó una aprobación posterior, ó una conformidad tácita en el hecho de no reclamar contra lo dispuesto por el marido.

El espíritu del precepto es más elevado y digno de alabanza. Sin garantía alguna no es justo que el capital de la mujer, consistente en bienes fungibles, efectos públicos ó valores cotizables, quede amortizado por completo durante el matrimonio; el marido, como administrador y usufructuario, debe poder manejar ese capital, que es perfectamente sustituible, pero no por sí solo; prescíndase en buen hora de la licencia judicial, mas debe requerirse alguna garantía, y esa se la da el consentimiento de la mujer mayor de edad, ó el de las personas citadas en el artículo 1352 cuando es menor. La ley, al establecerlo así, quiere evitar á la mujer todo perjuicio; quiere que siempre quede algo que sustituya á aquello de que en cualquier forma se dispuso, y supla la falta de garantía para la debida restitución.

Ahora bien: la mujer menor de edad puede no tener tutor ni consejo de familia; el que dió la dote puede no existir, ó el padre ó la madre hallarse imposibilitados. ¿Quiénes deben intervenir en tales circunstancias? Al efecto de exigir la hipoteca legal, el art. 131 del reglamento hipotecario da alguna solución. En caso de venta, ¿qué deberá hacerse? Dejamos íntegra esta cuestión para el comentario del art. 1361.

La ley permite no sólo la sustitución de los bienes por otros equivalentes, sino la inversión en su caso del precio obtenido en otros bienes, valores ó derechos igualmente seguros. Cabe, por consiguiente, vender el grano y colocar el dinero en títulos de la Deuda, negociar los valores é invertir el producto en un préstamo con hipoteca ó en una finca, etc. (Véase el art. 1372.)

Habla el art. 1359 de enajenación. El espíritu del precepto y la condición precisa de invertir el importe, obliga á tomar esa palabra en su significación más estricta. El marido no puede, por lo tanto, dar esos bienes en prenda, ni gravarlos en forma alguna, ni cederlos en pago de deudas. Para estos actos será necesaria la aplicación del art. 1361, puesto que exceden de las facultades que en el 1359 se conceden al marido.

Dado el precepto del artículo que nos ocupa, las reglas en él marcadas para la enajenación y aun sustitución de los bienes á que se refiere, son provisionales, mientras no estuviesen asegurados con hipoteca. Parece, pues, natural que al constituirse la hipoteca rijan los preceptos generales de los arts. 1346 y 1347 sobre la dote estimada, y 1361 sobre la inestimada Esta conclusión, sin embargo, no resulta completamente exacta, notándose cierta omisión por parte del legislador: omisión que puede ser suplida acudiendo á las reglas relativas al usufructo.

Una vez constituída la hipoteca, los bienes pertenecientes á la dote estimada pasan en definitiva al dominio del marido, y éste, como dueño, puede disponer á su arbitrio, sin consentimiento de la mujer ni de otra persona alguna. Impera, pues, la regla general, ó sean los arts. 1346 y 1347.

En la dote inestimada, al quedar asegurada la restitución de los bienes, si la mujer es mayor de edad, la regla general y la excepcional vienen á ser iguales. Pero si la mujer es menor, la regla general del art. 1361 exige la intervención del Juzgado y la de las personas señaladas en el 1352, figurando como transmitente la mujer. ¿Cabe que sean precisos estos requisitos una vez cumplidamente asegurados los bienes, y bastará que venda el marido con consentimiento de esas personas, cuando no esté aun constituída la hipoteca? ¿Cabe que por cumplir el marido su obligación sea necesaria la intervención judicial?

En realidad, lo que puede afirmarse es que este caso no está previsto en el Código, por lo menos en lo que á valores cotizables y efectos públicos se refiere. Con relación á los bienes fungibles, el art. 1357 consiente aplicar el art. 482, que permite

disponer libremente al usufructuario, sin perjuicio de la procedente restitución. Respecto á los otros valores y efectos, debe adoptarse una solución análoga, que pudiera fundarse en el artículo 507, según el cual, el usufructuario con fianza puede dar al capital que realice el destino que estime conveniente. Es lógico y natural que, asegurada con hipoteca la restitución de los bienes de que se ocupa el art. 1359, tenga el marido sobre ellos facultades más amplias que las que se le conceden cuando aun esa hipoteca no existe; por lo que, si bien en materia de enajenación de bienes dotales inestimados, la regla general es la del artículo 1361, ésta no puede en modo alguno ser aplicable, y ante el silencio del legislador, no cabe otro recurso que acudir á reglas aun más generales, las del usufructo, que, no estando expresamente modificadas, imperan, á tenor de lo preceptuado en el art. 1357.

Sin embargo, las muchas dudas á que se presta el art. 1359, dudas que hemos ido presentando y resolviendo en los puntos más visibles, exigen que se medite bien el precepto, dándole una clara y adecuada redacción.

C) *Jurisprudencia.*—Merece citarse en este lugar la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1900, relacionada con los arts. 1320, 1346, 1359, 1366, 1371 y otros varios, aunque dictada con referencia á un matrimonio celebrado antes de regir el Código civil.

Constituída dote estimada con cierta cantidad de dinero y valores, convinieron los cónyuges, durante el matrimonio, en aplicarle á la construcción de casas. Al disolverse la unión, se pretendía la restitución de dicha dote en metálico, por exigirlo así la naturaleza del acto, equivalente á una compra, con arreglo al art. 1346, y por no deber estimarse válidos los pactos en contrario hechos por los esposos después de su casamiento.

El Tribunal Supremo considera que el acuerdo de los esposos es perfectamente válido, por no desvirtuar ni alterar el régimen legal establecido en el matrimonio, ni inferir perjuicio alguno á los cónyuges, armonizando los intereses de ambos en beneficio

de la sociedad, y por hallarse sancionada en nuestras leyes esa forma de pago para extinguir las obligaciones que consisten en el abono de una cantidad; que fundamento alguno de carácter legal ó meramente racional estorba á que tal acuerdo se tome antes ó después del matrimonio, por no afectar al régimen establecido, deduciéndose por el contrario de la ley 1.ª, tít. 11 de la Partida 4.ª y de la sentencia de 11 de Octubre de 1875, que así como la dote pudo constituirse antes ó después de celebrado el matrimonio, así pueden con igual razón convenir los cónyuges en una condición de la naturaleza de que se trata, con lo que la mujer no hace otra cosa que ejercitar un derecho propio personal de los que no se confunden por el matrimonio, según se deriva de la doctrina consignada en el art. 1359 del Código civil, y en su consecuencia, que procede en el caso expuesto la restitución en la forma convenida, ó sea entregando las casas por su valor actual hasta cubrir el importe de la dote, pues sólo no mediando pacto alguno ó no siendo lícito es cuando por regla general debe restituirse la dote estimada en metálico, sin que tal acuerdo implique una venta, sino simplemente el modo y forma de cumplir en su día la obligación que se contrajo al constituirse dicha dote.

En efecto, aun después de la vigencia del Código civil, ese pacto debe considerarse válido. Si aun no habiéndose constituído hipoteca en seguridad de la dote estimada consistente en valores, puede el marido disponer de ellos con consentimiento de la mujer mayor de edad, y sustituir el importe con otros bienes, derechos ó valores igualmente seguros, como expresamente autoriza el art. 1359, evidente es que con mayor motivo ha de concederse ese derecho mediante igual consentimiento cuando la hipoteca se constituya ó cuando no deba constituirse.

D) *Códigos extranjeros.*—Según los arts. 2275, 2276 y 2281 del Código de Méjico, el marido puede disponer libremente de los muebles de la dote, respondiendo de su valor; pero no puede enajenar los muebles preciosos, ni disponer del dinero, mientras no esté asegurada con hipoteca su restitución.

En Guatemala, el marido se hace siempre dueño de los bienes fungibles (art. 1121).

En los Códigos de Francia (art. 1551), Italia (1401) y Portugal (1148), el marido puede, como regla general, disponer como dueño de los bienes muebles de la dote, debidamente apreciados para responder de su valor.

ARTÍCULO 1360

La mujer conserva el dominio de los bienes que constituyen la dote inestimada y, por lo tanto, son también de ella el incremento ó deterioro que tuvieren.

El marido sólo es responsable del deterioro que por su culpa ó negligencia sufran dichos bienes.

A) *Precedentes legales.*—Véanse en el art. 1346 las leyes 18 y 19, título 11 de la Partida 4.ª

Ley 21 del mismo título y Partida.—«Ganados dan las mugeres en dotes á las vegadas á sus maridos. E si por auentura quando establescen la dote en ellos, non los aprecian, el peligro que auiniere será de la muger, é llevará el marido los frutos dellos, para sostener el matrimonio mientras que durare: pero si acaesciesse que de los ganados que diere la muger en dote á su marido, mueran algunos, tenudo es el marido de tornar otros tantos, en lugar de aquellos que murieron, de aquellos fijos mismos que nascieron dellos.»

Ley 22 del mismo título y Partida.—«Venciendo algun ome en juicio al marido, por la dote quel dió su muger, ó por la quel ouiesse dado alguno en nome della: si non fuesse apreciada la dote quando la establescieron, el peligro sería de la muger, si se perdiesse la dote, ó se menoscabasse...»

Ley 27 del mismo título y Partida.—«Tajando el marido algunos árboles, de aquellos que non son acostumbrados de tajar, que estouiessen en alguna heredad, que le ouiesse dado su muger en dote que non fuesse apreciada, non los deue el marido auer, mas la muger. Ca non puede tomar nin contar por fruto el árbol,

como quier que podría lleuar el fruto del ante quel cortasse. Esso mismo sería, si tales árboles como estos arrancasse viento é los derribasse ó los tajasse otro alguno, ca de la muger deuen ser, é non del marido.»

B) *Comentario.*—Corresponde este artículo, relativo á la dote inestimada, al 1347, que señala las consecuencias de la transmisión del dominio al marido en los bienes de la dote estimada.

La mujer conserva el dominio de los bienes, tanto muebles como inmuebles, que constituyen la dote inestimada. Como dice el Sr. Sánchez Román, lo que el artículo quiere decir es que ese dominio *no pasa* en ningún caso al marido, á diferencia de lo que ocurre en la dote estimada, pues habrá casos en los cuales la mujer adquirirá los bienes al constituirse la dote, y en ellos propiamente no conserva el dominio, sino que lo adquiere.

Habla el art. 1360 de *dominio*, bajo la idea de establecer perfectamente la diferencia entre una y otra especie de dote; pero no hay que olvidar que, según el 1357, el usufructo en la dote inestimada pertenece, más ó menos limitadamente, al marido, según expusimos en su lugar, y por tanto, que á la mujer sólo puede corresponder en realidad, durante el matrimonio, un dominio algo limitado.

Los derechos de la mujer en la dote inestimada son los inherentes á la nuda propiedad, con las modificaciones que resultan de los arts. 1358 al 1363, ó de la pactado en las capitulaciones matrimoniales.

En cuanto á los actos de enajenación ó gravamen de dichos bienes, comprendiendo entre ellos los arrendamientos que excedan los límites marcados en el art. 1363, ha de estarse á lo dispuesto en el 1361 y en el 1359.

En todo caso, el incremento ó deterioro que tuvieren los bienes de la dote inestimada, cede en beneficio ó en perjuicio de la mujer.

Si, pues, el capital consiste en papel del Estado ó acciones de Sociedades, y estos bienes experimentan un alza ó una baja considerable, el beneficio ó el perjuicio es en general de la mujer;

si consiste en una partida de grano ó de ganado y su valor aumenta ó disminuye; si una finca rústica adquiere importancia por la construcción de una vía férrea, ó la pierde á consecuencia de algún accidente fortuito; si un edificio por el solo transcurso del tiempo, por la apertura de nuevas calles ú otro motivo, aumenta de valor, ó por causas contrarias lo pierde; si el mobiliario se desgasta ó deteriora por su uso natural, si las alhajas ganan por su antigüedad ó pierden por hacerse más vulgares, si la huerta aumenta su terreno por aluvión ó se destruye por fuerza del río, si se realizan, en fin, accesiones ó se ocasionan desperfectos, para la mujer es la ganancia, y para la mujer es la pérdida que pueda resultar.

Las accesiones en general pertenecen á la mujer, salvo lo dispuesto sobre edificios en el art. 1404, ó sobre ganados en el 1405, rigiendo el sistema de gananciales, ó en general sobre mejoras y gastos útiles en el art. 1368 y en el mismo 1404.

La pérdida de las cosas dotales inestimadas, sea por causa material, extravío, incendio, muerte, etc., ó por causa jurídica, en virtud del ejercicio por terceros de acciones legítimas reconocidas desde luego ó amparadas por los Tribunales, afecta también á la mujer.

El marido sólo es responsable del deterioro ó pérdida que sufran los bienes por su culpa ó negligencia, culpa ó negligencia que no se presume, y requiere la prueba de su existencia, caso de no haber conformidad. Los Tribunales apreciarán el hecho y su importancia.

En la palabra *deterioro* debe comprenderse todo perjuicio ocasionado en los bienes de la mujer por culpa ó negligencia del marido. El ejercicio de los interdictos corresponde al marido; la acción reivindicatoria á la mujer; si por no ejercitar aquéllos oportunamente sin causa legítima que lo impida, se hace preciso seguir un pleito de mayor importancia, se ocasiona á la mujer un perjuicio, que debe indemnizar el marido si la indemnización no se consigue del tercero. En los bienes muebles, la acción reivindicatoria tropieza además con serios obstáculos, porque su

posesión con buena fe por un tercero equivale al título; si el objeto mueble se pierde por negligencia del marido, responderá de su valor.

Estas ideas generales encontrarán su desenvolvimiento al tratar de la restitución de la dote.

C) *Códigos extranjeros.*—Parten de la base de pertenecer el dominio á la mujer por regla general, lo cual no se opone á las facultades concedidas al marido cuando se trata de bienes fungibles, ó de bienes muebles apreciados, como hicimos notar al final de los comentarios de los arts. 1346, 1347 y 1359.

La responsabilidad del marido sólo en caso de culpa ó negligencia, es principio consignado en los arts. 1408 del Código de Italia, 1562 del de Francia, 1157 del de Portugal, 2274 del de Mejico y 1137 del de Guatemala.

Los arts. 2299 á 2308 del Código de Méjico, se ocupan de las acciones correspondientes á la mujer por razón de su dote.

ARTÍCULO 1361

La mujer puede enajenar, gravar é hipotecar los bienes de la dote inestimada, si fuese mayor de edad, con licencia de su marido, y, si fuese menor, con licencia judicial é intervención de las personas señaladas en el art. 1352.

Si los enajenare, tendrá el marido obligación de constituir hipoteca, del propio modo y con iguales condiciones que respecto á los bienes de la dote estimada.

A) *Precedentes legales.—Ley 7.ª, tít. 11, Partida 4.ª*—«... Pero con todo esto non puede el marido vender, nin enajenar, nin malmeter, mientra que durare el matrimonio, la donacion quel dió á la mujer, nin la dote que recibió della, fueras ende si la diere apreciada. E esto deue ser guardado por esta razon: porque si acaesce que se departa el matrimonio, que finque a cada vno dellos libre é quito lo suyo para fazer dello lo que quisiesse, ó á sus herederos si se departiesse el matrimonio por muerte.»

Según la 21 del mismo título y Partida, en la parte inserta en el art. 1359, el marido podía disponer de los bienes dotales que se pueden contar, pesar ó medir.

El derecho anterior á la ley Hipotecaria, en la materia del art. 1361, se refleja fielmente en las siguientes palabras de la exposición de motivos de dicha ley.

«Aunque nuestro derecho escrito, como queda dicho, establece el principio de que el marido es el dueño de la dote, no le permite enajenar la inestimada por estar obligado á restituir lo mismo que recibió; por esto, bajo cierto aspecto, puede decirse que esta dote corresponde á los bienes de la mujer. Resulta de aquí, que en rigor de derecho, la dote inestimada es inalienable, y que los bienes que la constituyen no están en el comercio. En esto adoptaron las Partidas la innovación que el Emperador Justiniano introdujo para libertar á las mujeres casadas de los peligros que su propia debilidad podía ocasionarles, reformando el derecho antiguo, en virtud del cual, el marido, con consentimisnto de la mujer, estaba autorizado para enajenar la dote, pero no para hipotecarla; diferencia que se fundaba en la menor resistencia que es de presumir tendría la mujer para hipotecar que para vender. La legislación que actualmente rige en la mayor parte de la Monarquía, es insostenible, porque deja fuera de circulación la gran masa de bienes que corresponden á la clase de dotales, y hace más triste la condición de la propiedad dotal, puesto que no viene en auxilio de las necesidades del propietario, que, enmedio de riquezas considerables, puede encontrarse reducido á la indigencia. Para obviar estas dificultades, algunos escritores dicen que cuando las enajenaciones no llegan á la mitad de los bienes, y la mujer las hace en unión con su marido, ó cuando, hechas por éste, tiene ella intervención y promete con juramento no reclamar contra las mismas, suele sostenerse, si bien á la mujer le queda el derecho de ser indemnizada en los bienes del marido. En la práctica actual vemos que, desentendiéndose de la prohibición legal, la mujer enajena la dote inestimada con licencia del marido. De esta

divergencia entre la ley y la práctica ha dimanado que crean algunos que esto no quita á la mujer el derecho, si el marido carece de bienes, para reclamar contra el poseedor de la finca vendida si no satisface su importe...»

En su virtud, los autores de la ley Hipotecaria idearon un nuevo sistema que se contenía en los artículos siguientes de la misma ley.

«*Art. 188.* Los bienes dotales que quedaren hipotecados ó inscritos con dicha cualidad, no se podrán enajenar, gravar ni hipotecar, en los casos en que las leyes lo permitan, sino en nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges y quedando á salvo á la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitución de los enajenados ó gravados, ó los primeros que adquiera cuando carezca de ellos al tiempo de verificarse la enajenación ó de imponerse el gravamen.

»Si cualquiera de los cónyuges fuere menor de edad, se observarán en la enajenación de dichos bienes las reglas establecidas para este caso en la ley de Enjuiciamiento civil. Si la mujer fuese la menor, el Juez ó el Tribunal que autorice la enajenación, cuidará de que se constituya la hipoteca de que trata el párrafo primero de este artículo.

»*Art. 189.* Los bienes propios del marido hipotecados á la seguridad de la dote, conforme á lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 169, podrán enajenarse, gravarse ó hipotecarse por el mismo marido, sin los requisitos expresados en el párrafo primero del artículo anterior, siempre que esto se haga dejando subsistente la hipoteca legal constituída sobre ellos, con la prelación correspondiente á su fecha.

»Cuando dicha hipoteca haya de extinguirse, reducirse, subrogarse ó posponerse, será indispensable el consentimiento de la mujer, y se aplicará lo dispuesto en el artículo precedente.

»*Art. 190.* La mujer podrá exigir la subrogación de su hipoteca en otros bienes del marido, según lo dispuesto en los dos anteriores artículos, en cualquier tiempo que lo crea conve-

niente, desde que haya consentido por escrito en la enajenación ó gravamen de los inmuebles afectos á su dote, ó como condición previa para prestar dicho consentimiento.

»Si la mujer se hallare en cualquiera de los casos previstos en los párrafos segundo y tercero del art. 182, podrán también ejercitar este derecho, en su nombre, las personas designadas en el mismo artículo.

»*Art. 191.* Los bienes pertenecientes á dote inestimada y los parafernales que se hallaren inscritos con su respectiva calidad, se sujetarán para su enajenación á las reglas del derecho común, y á las prescritas en el art. 188, sin perjuicio de la restitución de la dote ó parafernales cuando proceda.

»*Art. 192.* Cuando los bienes dotales consistan en rentas ó pensiones perpetuas, si llegaren á enajenarse, se asegurará su devolución constituyendo hipoteca por el capital que las mismas rentas ó pensiones representen, capitalizadas al interés legal.

»Si las pensiones fueren temporales, y pudieren ó debieren subsistir después de la disolución del matrimonio, se constituirá la hipoteca por la cantidad en que convengan los cónyuges, y si no se convinieren, por la que fije el Juez ó Tribunal.»

B) *Comentario.*—I. *Enajenación y gravamen de bienes dotales estimados.*—El art. 1361 no trata de la dote estimada. Después de las declaraciones de los artículos 1346 y 1347, no había necesidad de insistir acerca de un extremo cuya solución en el Código no podía ofrecer duda alguna.

Dueño el marido de los bienes muebles ó inmuebles de la dote estimada, salvo la limitación del art. 1355, es evidente que puede enajenarlos ó gravarlos á su arbitrio, sin más limitaciones que las que á cualquier otro dueño puedan imponerse, por ser menor ó por cualquiera otra circunstancia. Enajene ó no, los bienes son suyos; la mujer sólo tiene derecho á la restitución del valor; sus fincas, sus muebles, sus ganados, etc., se han transformado en un crédito contra el marido ó sus herederos.

El art. 188 de la ley Hipotecaria exigía para la enajenación de los bienes inmuebles de la dote (estimada ó inestimada) el

consentimiento de ambos cónyuges, y determinadas formalidades si cualquiera de ellos era menor. Este precepto sólo podría tener fundamento en el caso de no haberse asegurado con hipoteca suficiente la restitución del valor de los bienes, suponiendo, como en el art. 1355 del Código, no transferido el dominio hasta hallarse constituída dicha hipoteca. Pero ni el Código ni la ley Hipotecaria se fijan en esa circunstancia, y por tanto, antes siempre se exigía el consentimiento de ambos cónyuges, y hoy, siempre, sin más excepción que la del art. 1359, se exige sólo el consentimiento del marido. El art. 188 de la ley Hipotecaria, en la parte referente á la dote estimada, ha quedado sin fuerza: el Código civil, al declarar dueño al marido sin imponerle limitación, lo ha derogado.

II. *Enajenación y gravamen de bienes dotales inestimados.*—El artículo 1361 se refiere, al parecer, á los bienes tanto muebles como inmuebles pertenecientes á la dote inestimada. Sin embargo, hay que tener presente lo dispuesto en el 1359, en lo que á determinados bienes muebles de dicha dote hace relación. Así, pues, como hicimos notar en el comentario del expresado artículo, para la *enajenación* de los bienes fungibles, valores públicos y efectos cotizables, hasta tanto que se halle constituída la hipoteca legal correspondiente en los casos en que proceda, rige el art. 1359, y cuando esa hipoteca no proceda, ó, procediendo, esté debidamente constituída, rigen los preceptos generales del usufructo. Para la *enajenación* de toda otra clase de bienes de la dote inestimada hay que aplicar el art. 1361.

En cuanto á los actos de *gravamen*, no hay excepción, porque el art. 1359 sólo á la enajenación en sentido estricto se refiere.

Respecto á los actos comprendidos en el art. 1361, puede estimarse sobrante en él la palabra *hipotecar*, por ser sólo uno de los varios gravámenes que cabe imponer á los bienes.

Se refiere dicho articulo, al parecer, á todo acto de enajenación ó gravamen. Las enajenaciones significan la transmisión del dominio ó de la posesión de una cosa ó de algún derecho real sobre la misma. Desde luego se comprenden en el art. 1361

las enajenaciones á título oneroso, ventas puras ó condicionales, permutas, daciones en pago de deudas peculiares de la mujer, cesiones á cambio de pensiones ó de cualquiera prestación, etc. No cabe hablar de préstamos, porque este acto recae sobre bienes fungibles, comprendidos en el art. 1359. Para las transacciones rige el art. 1811, que requiere las mismas formalidades que el 1361.

En cuanto á las enajenaciones á título lucrativo ó gratuito, entre vivos ó por causa de muerte, no caben en el espíritu del precepto. Sólo en el caso de haberse de entregar en dote obligatoria á las hijas, bienes de la dote inestimada de la madre, por deber ésta contribuir, y no existir gananciales ni parafernales, cabría recurrir, para desprenderse de esos bienes, al artículo 1361; pero como en estas circunstancias la madre ha de ser siempre mayor de edad, el precepto no ofrece dificultad, pues bastará la licencia del marido.

La enajenación ó transmisión puede, como hemos dicho, referirse á cosas ó á derechos sobre ellas. El artículo ha de aplicarse lo mismo cuando se trata de vender una finca, que cuando se transmite un censo ó una servidumbre, ó se realiza la cesión de un crédito hipotecario. Además, si la ley exige determinados requisitos, es porque todo acto de enajenación representa la pérdida ó el desprendimiento de algún derecho que formaba parte de la dote, por lo cual la redención de un censo, la cancelación ó posposición de una hipoteca, la renuncia en general de cualquier derecho dotal, son también actos de desprendimiento ó enajenación, que exigen el cumplimiento de las formalidades expresadas en el art. 1361, que estamos comentando.

Respecto á los actos de gravamen, á todos ellos se refiere el artículo que nos ocupa. Hipotecas, prendas, anticresis, censos, servidumbres, usos, arrendamientos inscribibles, derechos de retraer, etc., todo cuanto signifique la constitución de derechos reales, ó imposición de limitaciones en el dominio de los bienes muebles ó inmuebles de la dote inestimada, se halla comprendido en el expresado artículo.

Los requisitos para la enajenación ó gravamen de tales bienes varían según las circunstancias. Distingue la ley los casos siguientes:

1.° Que la mujer sea mayor de edad, siendo menor ó mayor el marido.

2.° Que la mujer sea menor de edad.

PRIMER CASO. *Mujer mayor de edad.*—Cuando la mujer es mayor de edad, el art. 1361 consiente todo acto de enajenación ó gravamen de los bienes muebles ó inmuebles dotales inestimados, sin más requisito que el natural de la licencia del marido.

¿Bastará este requisito cuando el marido sea menor de edad? Vemos sostenida por respetables autores una opinión, según la cual, cuando el marido es menor, necesita el consentimiento de su padre, madre ó tutor, por tratarse de actos de enajenación ó gravamen y de un menor emancipado: doctrina derivada del artículo 59, párrafos segundo y tercero, y del art. 317 del Código.

Otros, no menos respetables que los anteriores, aunque en menor número, sostienen la opinión contraria, esto es, que el marido menor de edad, pero mayor de diez y ocho años, puede dar á su mujer *por sí solo* la licencia de que se trata, fundándose en que no distingue el art. 1361, y en que, si bien está prohibido á dicho menor enajenar y gravar bienes, no es él, sino su mujer quien grava ó enajena los de su propiedad, y en que la licencia no tiene la importancia y trascendencia de aquellos actos, ni significa otra cosa que el conocimiento que debe tener el marido de todo lo que afecta á la sociedad de gananciales, de la cual es jefe, administrador y usufructuario, y la subordinación á que está obligada la mujer.

No nos convencen estas razones. La licencia del marido es un requisito esencial para que la mujer casada, sea mayor ó menor de edad, pueda enajenar los bienes de la dote inestimada, como los demás que sean de su propiedad; y si esa licencia es un requisito indispensable, como lo es por la ley, para la validez de dichos actos, no se le puede negar la misma importancia que á estos atribuye la ley. En realidad viene á resultar que la

enajenación ó el gravamen se realiza en nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges, como previene el art. 188 de la ley Hipotecaria, y por consiguiente, estando prohibido al menor, mientras no llegue á la mayor edad, gravar ni enajenar los bienes raíces sin el consentimiento de su padre, madre ó tutor, según los artículos 59 y 317, es lógico y racional deducir que tampoco puede dar á su mujer la licencia y consentimiento que exige la ley para que ésta pueda enajenar ó gravar sus propios bienes. Y nótese que los artículos antes citados hablan en general de *bienes raíces ó inmuebles*, sin limitar su precepto á los que sean propios del marido, y por consiguiente, no están excluídos los bienes de la mujer.

Además, el mismo art. 1361 impone al marido la obligación de constituir hipoteca por el valor de los bienes de la dote inestimada que enajene su mujer, del propio modo y con iguales condiciones que respecto á los bienes de la dote estimada. Lo mismo ha de entenderse respecto de los parafernales (artículos 1384 y 1390). Y como la mujer casada no puede enajenar ni gravar esos bienes sin la licencia de su marido, y éste por el mero hecho de otorgarla contrae dicha obligación, es evidente que en tal caso ejecuta un acto, el de obligarse á hipotecar, que está prohibido á los menores de edad, si no lo hace con la intervención y consentimiento de las personas designadas en los artículos 59 y 317 antes citados. Luego el marido que sea menor de edad, no puede dar esa licencia por sí solo, aunque haya cumplido los diez y ocho años. Esta es nuestra opinión.

En cuanto á los casados que sean menores de dicha edad, sería absurdo concederles la facultad de otorgar á su mujer la licencia de que se trata, cuando el art. 59 no les reconoce capacidad ni aun para administrar sus propios bienes sino con el consentimiento de su padre, madre ó tutor. En este punto no hay divergencia de opiniones, y es extraño que, haciendo el propio artículo y el 317 la misma prohibición á los mayores de diez y ocho años respecto á enajenar y gravar bienes raíces, se pretenda hacer una distinción que no estableció la ley.

Cuando el padre y la madre del menor hayan fallecido después de haber contraído matrimonio el hijo, éste no puede estar sujeto á tutela, según ya hemos dicho en otro lugar, resultando que carece en tal caso de padre, madre y tutor. ¿Quién deberá suplir su incapacidad para dar á su mujer la licencia de que tratamos? Véase lo que sobre este punto hemos expuesto en los comentarios á los artículos 59 y 317.

Sin embargo de lo allí expuesto, nos parece que sería acertado suplir la falta de padre, madre y tutor con la autorización judicial que establece el mismo art. 1361, al ordenar que, si la mujer casada fuere menor de edad, podrá enajenar y gravar sus bienes con licencia judicial é intervención de las personas señaladas en el art. 1352. Aunque esta disposición sólo se refiere á la mujer casada, por analogía y por la misma razón debiera aplicarse al marido que sea menor de edad para el efecto de dar á su mujer la licencia que previene el mismo artículo. En la mayor parte de los casos más garantía ofrecerá para la mujer casada la licencia judicial que el consentimiento que pueda darle un tutor y aun su mismo marido, que acaso será quien la obligue á realizar una enajenación ó gravamen que ella resista.

SEGUNDO CASO. *Mujer menor de edad.*—Exige el mismo artículo 1361 en este caso licencia judicial é intervención de las personas señaladas en el art. 1352, como ya se ha indicado.

¿Quiere esto decir que cuando la mujer casada es menor de edad no necesita la licencia de su marido? Podrá creerse no indispensable, ya que á ella puede considerarse equivalente la licencia judicial. Estimamos, sin embargo, que no es así. El marido, como administrador y jefe de la sociedad conyugal, ha de tener conocimiento de cuantos actos puedan interesar á dicha sociedad. Para la necesidad de la licencia del marido, sea mayor ó menor de edad la mujer, bastan los preceptos de los artículos 60 y 61.

La necesidad de la licencia ó autorización judicial exige un acto de jurisdicción voluntaria, instado por la mujer con licencia de su marido, y en el que deben ser oídos, interviniendo de

este modo en el acto, el padre, la madre, la persona de quien proceden los bienes, ó el tutor, protutor, consejo de familia ó cualquiera de sus vocales. Esa necesidad de la autorización no puede, además, significar una fórmula vana que obligue al Juez á conceder lo que se pide sólo porque así se solicite; significa una medida de precaución para dificultar la enajenación y gravamen de los bienes dotales inestimados, haciendo que sólo se lleve á efecto, ó sólo se recurra á ese extremo, cuando realmente sea útil ó necesario el acto. De aquí la racional consecuencia de haberse de alegar y probar la necesidad del gravamen, ó la necesidad ó utilidad de la enajenación, y de que, después de oir á los interesados y á las personas señaladas en el art. 1352, el Juez, con pleno conocimiento de causa, deba conceder ó negar, según lo crea procedente, la licencia ó autorización. Dan fuerza á estas consecuencias los preceptos de los arts. 164 y 269.

Podría estimarse cumplido el art. 1361 solicitando y obteniendo los cónyuges por sí solos la autorización judicial, y procediendo después á la enajenación ó gravamen de los bienes con intervención del padre, madre, etc. Pero creemos no debe ser así, porque estas personas no han de ser meras figuras decorativas; siendo oídas en el expediente, habrían de respetar el mandato judicial; mas no interviniendo en él, podrían hacer inútil el expediente, negándose después á intervenir. Además, parece que su verdadera misión es ayudar al Juez como personas imparciales y experimentadas, á fin de que no impere en absoluto el interés de los esposos. La intervención de esas personas en el expediente no quiere decir que después no intervengan en la escritura ó documento que se otorgue, si bien constando ya en el auto judicial que fueron oídas, puede estimarse cumplido el precepto del art. 1361. Lo que sí es cierto es que, autorizada judicialmente la venta de una finca, por ejemplo, y otorgándose después la escritura, con intervención de las personas señaladas en el art. 1352, fuesen ó no oídas, el Registrador no puede oponerse á la inscripción del acto, porque el precepto legal resulta cumplido.

Ahora bien: las personas señaladas en el art. 1352 no siempre será fácil que intervengan. ¿Qué deberá hacerse en caso de ausencia en paradero conocido? ¿Quién sustituye á la persona que dió la dote cuando ha muerto ó se halla incapacitada? ¿Debe intervenir en su caso todo el organismo tutelar, ó indistintamente cualquiera de los que lo constituyen? Si no existe tutor por no haberlo tenido nunca la mujer, ¿quién debe intervenir?

El caso de ausencia no ofrece dificultad. La persona de quien se trate puede hacerse representar por medio de poder.

Por muerte ó incapacidad del padre, le sustituye la madre, y, á falta de ésta, por cualquier causa, el tutor, protutor, etc.

A la persona de quien procede la dote, ó sea al dotante voluntario, deben sustituir, en caso de muerte, incapacidad, ausencia en ignorado paradero, etc., no sus herederos ó representantes legítimos, sino el padre ó la madre del mismo, si existen, y en su defecto, los demás representantes del menor; pero habrá de justificarse el motivo de esa sustitución. Nos fundamos en el espíritu de la ley, que busca, sobre todo, el interés por la menor de las personas que deben intervenir y su superior experiencia, y en la analogía de este precepto con el de los arts. 317 y 59. La designación legal es personalísima, y por eso el art. 1352 no habla para nada de los herederos del dotante voluntario, como no habla de los del padre ó la madre, sino que, en defecto de ellos, sin distinguir la causa, llama á intervenir al tutor, al protutor, consejo de familia ó cualquiera de sus vocales. Estas personas son, además, llamadas indistintamente, por lo que ni es preciso que todas intervengan, ni que lo haga el tutor, y sólo por su falta, el protutor, etc., sino cualquiera de los designados.

Pero si la mujer tenía padre cuando contrajo matrimonio; si nunca estuvo sujeta á tutela, y tiene necesidad de vender ó hipotecar cuando ya faltan sus padres y de ellos proceden los bienes, ¿será necesario proceder á la formación del consejo de familia, y que éste nombre tutor y protutor, y que el tutor preste fianza para posesionarse de su cargo, y esperar á que se llenen

todas las formalidades legales para que pueda cumplirse estrictamente el precepto legal?

Evidentemente no. Por lo mismo que el art. 1352, y, por tanto, el 1361, se contentan con la intervención de una cualquiera de las personas que componen el organismo tutelar, desde el momento que haya consejo de familia, existen varios que pueden intervenir, y sobra el nombramiento de tutor, protutor y aun presidente, y con mayor razón todo lo relativo á fianzas, inventario, inscripción en el Registro de tutelas, etc. En realidad, debiera bastar la intervención de uno de los parientes á quienes corresponda, con arreglo á la ley, formar parte del consejo de familia ó ser tutor; pero á lo más puede exigirse que se verifique ante el Juez municipal la junta correspondiente, y, designados los individuos del consejo, intervenga cualquiera de ellos.

Si el marido es menor de edad, salvo si aun no tuviere diez y ocho años, los requisitos para la enajenación ó gravamen de los bienes son los mismos, puesto que en el caso que nos ocupa la licencia del marido tiene menos importancia que cuando es mayor de edad la mujer; y el hecho de autorizarla para pedir en acto de jurisdicción voluntaria, no es la comparecencia en juicio contencioso á que se refieren los arts. 317 y 324, si se considerasen aplicables á los varones menores emancipados por el matrimonio, cuya situación encaja más propiamente en el artículo 59.

La ley no distingue, y, por tanto, el precepto ha de aplicarse lo mismo cuando el marido haya asegurado con hipoteca la gestión y restitución de los bienes que se gravan ó enajenan, que cuando no se haya aún cumplido por cualquier causa con esa obligación, y no exista, por consiguiente, hipoteca.

En vista del precepto del art. 1361, ninguna duda cabe sobre la modificación del 188 de la ley Hipotecaria en todo lo referente á las formalidades exigidas para la enajenación y gravamen de bienes de la dote inestimada. Si el Código de ordinario copia, y al llegar á este punto cambia la doctrina, es indudable-

mente porque quiere que se guarde lo que él dispone y que no rija el derecho anterior, que resulta incompatible.

Excepciones.—Hay casos en los cuales, aun siendo menor de edad la mujer, no es necesario cumplir las formalidades prescritas en el artículo que nos ocupa. Esto ocurre:

1.º Cuando expresamente se han pactado requisitos excepcionales, más ó menos rigurosos, en las capitulaciones matrimoniales, señalando casos taxativos para la enajenación, imponiendo la intervención de determinadas personas, declarando ciertas fincas inalienables, etc.

2.º Cuando la mujer disponga de sus bienes dotales por causa de muerte.

3.º Cuando la enajenación total ó parcial proceda en virtud de la ley: imposición de servidumbres legales, expropiación forzosa por utilidad pública.

4.º Cuando se embarguen los bienes válidamente por deudas de la mujer anteriores al matrimonio ó en virtud de faltas ó delitos imputables á la misma, ó con arreglo á la responsabilidad especial consignada en el art. 1362. Respecto á todos estos casos, véase el comentario de dicho artículo.

5.º Cuando se haya disuelto el matrimonio ó esté declarado nulo, ó pierdan, en suma, los bienes su consideración de dotales por imponerse la separación de patrimonios.

III. *Hipoteca en caso de enajenación de los bienes dotales inestimados.*—Sabidos los bienes á que se refiere el art. 1361, los actos que comprende y los requisitos que se exigen, según los casos, para la enajenación ó gravamen, debemos pasar al examen del segundo párrafo del mismo artículo.

Dispone dicho párrafo que si se enajenaren los bienes de la dote inestimada, tendrá el marido obligación de constituir hipoteca del propio modo y con iguales condiciones que respecto á los bienes (muebles) de la dote estimada. Estas últimas palabras quedan explicadas en el comentario del art. 1358.

Supone la ley en este segundo párrafo que la enajenación de los bienes ha producido un equivalente, lo que confirma la opi-

nión expuesta de que el artículo sólo se refiere á enajenaciones á título oneroso. Supone además que ese equivalente consiste en metálico ó valores, y hasta pudiera deducirse que se escribe bajo la base ó idea de tratarse de una compraventa y de bienes inmuebles.

En efecto, la idea se halla tomada del art. 188 de la ley Hipotecaria, el cual, después de tratar de la enajenación ó gravamen de los bienes dotales hipotecados ó inscritos con dicha cualidad (y por consiguiente, inmuebles), añade que queda á salvo el derecho de la mujer para exigir que su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitución de los enajenados *ó gravados*.

Además, es claro que si se trata de una permuta de inmuebles, la obligación del marido no puede consistir en hipotecar, sino en inscribir á favor de la mujer, y con la cualidad de dotales, las fincas ó derechos que se hubiesen adquirido, y si se trata de una permuta de bienes muebles ó venta de los mismos, á la cosa dada sustituye la recibida ó su precio ó equivalente, y ó estaba ya asegurada la restitución con hipoteca ó no. En el primer caso, cambia el objeto que ha de restituirse; pero sólo habrá que tocar á la hipoteca si hubiese necesidad de ampliarla ó reducirla. En el segundo, si la hipoteca procedía, seguirá procediendo, y será exigible después como antes, sin que el derecho á ella nazca de la enajenación, sino de la anterior constitución de dote.

Ahora bien: si se vende una finca ó derecho real ó se cede á título oneroso, y en equivalencia se adquiere dinero, valores ú objetos muebles, entonces esa transformación especial de los bienes dotales origina forzosamente el derecho de exigir la correspondiente hipoteca legal, y á este caso es al que se refiere el art. 188 de la ley Hipotecaria, y al que se refiere también el segundo párrafo del art. 1361 del Código civil.

Pero la ley Hipotecaria confiere ese derecho, lo mismo en caso de enajenación de los bienes inmuebles de la dote, que en el de gravamen de los mismos, mientras que el Código civil,

aunque en el primer párrafo de su art. 1361 habla de enajenaciones ó gravámenes, en el segundo sólo impone al marido la obligación de hipotecar cuando se enajene. Aun teniendo el marido bienes, puede convenir á los cónyuges, ó exigirse por un acreedor, la hipoteca de bienes de la dote inestimada de la mujer. Realizado el acto con las formalidades legales, es evidente que la mujer sufre un perjuicio equivalente á la cantidad porque queden gravadas sus fincas. Aunque el Código no lo establezca expresamente, creemos que en esta parte debe estimarse vigente el art. 188, y que, por tanto, la mujer tiene derecho á que el marido asegure con hipoteca, si tiene bienes, la restitución de la cantidad que en la finca corresponde al acreedor; hipoteca que en su caso se cancelaría al quedar libres las fincas ó derechos de la mujer, de la hipoteca ó del gravamen sobre ellos impuesto.

Dote en rentas ó pensiones.—El art. 192 de la ley Hipotecaria, transcrito en los precedentes legales, contiene en esta parte un precepto especial, relacionado con la materia de la enajenación de los bienes de la dote inestimada.

Difícil es la inteligencia de ese artículo. La dote puede consistir, según el art. 1342 del Código, en rentas, pensiones, frutos ó intereses de un capital. En estos casos dispone el mismo Código, que si el derecho de usufructo ó de pensión pertenece á uno de los cónyuges perpetuamente ó de por vida, formará parte de sus bienes propios, pero los frutos, pensiones ó intereses devengados durante el matrimonio, serán gananciales (art. 1403).

Las rentas ó pensiones se consideran bienes muebles, según el art. 336 del Código; sin embargo, como lo que el marido por tal concepto recibe de la dote de su mujer pertenece á la sociedad conyugal, según el art. 1403, parece, y así se desprende del 192 de la ley Hipotecaria, que mientras se perciban ó subsistan como propias de la mujer (propias en cuanto al derecho á ellas), no tiene el marido obligación de constituir hipoteca en su seguridad.

Pero si las rentas ó pensiones fueren enajenadas, el marido asegurará su *devolución*, dice el art. 192, constituyendo hipoteca

por el capital que las mismas rentas ó pensiones representen, capitalizadas, si se trata de pensiones perpetuas, al interés legal ó por la cantidad en que convengan los cónyuges ó fije el Juez, caso de no haber avenencia, si las pensiones fuesen temporales y *pudieren ó debieren subsistir* después de la disolución del matrimonio.

Si la hipoteca ha de constituirse después de enajenado el derecho á la renta ó la pensión, parece lo lógico que lo que se debe asegurar es el importe, valor ó precio de la enajenación, ya perfectamente conocido y determinado, siendo inútil y arbitraria la capitalización que el artículo preceptúa. De todos modos, la hipoteca no puede garantizar la devolución del derecho á la pensión, puesto que se supone enajenado, sino la devolución de la cantidad en que se haya capitalizado.

Tal vez el art. 192 quiera referirse, no á una hipoteca posterior á la enajenación de las rentas ó pensiones, sino á una hipoteca anterior y condicional, para el caso de que el derecho á esas pensiones ó rentas fuese enajenado después durante el matrimonio. Entendido así dicho artículo, sus disposiciones son menos raras y su inteligencia menos difícil.

El interés legal es el 5 por 100; sin embargo, sostienen algunos que la capitalización en las pensiones perpetuas debe hacerse al 3 por 100. Así lo establece, respecto á las pensiones en los censos, el art. 1611 del Código civil. Véase también el artículo 16 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á Registro.

En cuanto á las palabras *pudieren ó debieren subsistir*, que usa el art. 192 refiriéndose á las pensiones temporales, dice Canales que *pueden* subsistir después de disuelto el matrimonio las pensiones de un censo redimible á voluntad del censatario ó la renta vitalicia que depende de la vida de tercera persona, y *deben* subsistir las que se hallan establecidas por un período racionalmente superior á la vida del matrimonio.

Si las rentas ó pensiones no pueden ni deben subsistir después de la disolución del matrimonio, el art. 192 no establece

regla alguna, tal vez por estimar que en tal caso la hipoteca es innecesaria, pues de todos modos el marido no se halla obligado á la devolución de lo que, en la época en que tal devolución debiera efectuarse, no podía ni debía ya subsistir.

IV. *Enajenación ó gravamen de los bienes hipotecados en seguridad de la dote.*—Véanse en los precedentes los arts. 189 y 190 de la ley Hipotecaria.

El Código no ha creído conveniente ocuparse de este particular, porque no es ciertamente necesario. El primer párrafo del art. 189 contiene una doctrina tan natural, que por nadie puede ponerse en duda. El artículo, en esa parte, queda vigente; pero aun suprimiéndole, sería siempre aplicable con arreglo á los principios generales de la ley Hipotecaria.

El segundo párrafo, como de referencia al art. 188, se halla modificado por el Código.

Este no prohibe á la mujer salir fiadora por su marido ni obligarse mancomunadamente con él, por lo que no puede ofrecer duda la validez de la renuncia ó posposición de la hipoteca dotal, siempre, sin embargo, que sea mayor de edad ó se guarden en otro caso las formalidades debidas.

Ahora bien: ¿con qué formalidades debe consentir la mujer menor de edad en la reducción, subrogación, extinción ó posposición de su hipoteca dotal?

La subrogación ó reducción, cuando así proceda, de la hipoteca, son actos tan íntimamente relacionados con la constitución de la misma, que no cabe duda de la aplicación del art. 1352. Pero la extinción y la posposición, y aun la reducción cuando no obedezca al hecho de haberse reducido la dote, tienen más trascendencia, equivalen á una verdadera enajenación ó desprendimiento de derechos por la mujer.

Que la hipoteca legal es un derecho que está en el patrimonio de la mujer, no puede ofrecer duda; pero el patrimonio, los bienes de la mujer casada, pueden tener el carácter de dotales ó el de parafernales, y cabe aplicar el art. 1361, el 1383, ó en abstracto, el 317 ó 315, en relación con el 59.

En la dote estimada, á los bienes sustituye el crédito dotal contra el marido, y la representación de ese crédito es la hipoteca. En la dote inestimada, la hipoteca no es más que un accesorio del derecho á los bienes dotales y á su restitución. Además, todas las cuestiones relacionadas con la hipoteca dotal interesan á las personas señaladas en el art. 1352. De aquí deducimos que para la extinción en todo ó en parte de la hipoteca legal, y para la posposición de la misma, deben cumplirse los requisitos marcados en el art. 1361.

El art. 190 de la ley Hipotecaria sigue siendo aplicable cuando la mujer, con las formalidades debidas, haya consentido en la extinción ó posposición de su hipoteca dotal. No así en el caso de que se haya limitado á dejar que se vendan por el marido los bienes hipotecados. Hoy, sean éstos procedentes ó no de la dote estimada, el marido, como único dueño, puede enajenarlos ó gravarlos por sí solo, sin consentimiento de la mujer, y nunca por virtud de dichos actos ha de entenderse que desaparece la hipoteca legal que sobre ellos se constituyó. Se enajenan ó gravan con la carga anterior de la hipoteca á favor de la mujer. Ahora bien: si ésta, por considerarse ventajosa ó conveniente la venta de los bienes á un tercero, ó la nueva hipoteca, consiente en que la suya se posponga ó se extinga, entonces el precepto del artículo 190 es perfectamente aplicable, y la mujer ó las demás personas que han de representarla tienen derecho á exigir la subrogación de su hipoteca sobre otros bienes del marido en cualquier tiempo que lo crean conveniente.

Más aún: extinguida, reducida ó pospuesta esa hipoteca, la mujer no pierde el derecho de exigir á su marido nueva hipoteca ó su subrogación en otros bienes. Queda sin garantía ó la limita, pero conserva íntegros sus derechos como si la hipoteca dotal no hubiera llegado á constituirse, pudiendo no ejercitarlos por sí misma, según que se haya ó no celebrado el matrimonio, y según que sea mayor ó menor de edad.

Es claro que el consentimiento de la mujer para la extinción ó posposición de la hipoteca que á su favor se constituyó en ga-

rantía de sus aportaciones, no puede producir efectos mientras no conste en documento público y se inscriba éste en el Registro.

C) *Jurisprudencia.*—Son varias las sentencias y resoluciones en que se cita el art. 1361; pero bien examinadas, en ninguna de ellas se resuelven cuestiones que directamente se refieran al mismo ni sean de interés en este lugar.

D) *Códigos extranjeros.—Guatemala.*—Salvo en cuanto á los bienes fungibles, el Código de Guatemala declara inalienables los bienes dotales, admitiendo dos excepciones en sus arts. 1128 y 1129, cuando sea indispensable para alimentar á la familia, y cuando se trate de porciones indivisas con un tercero y se imponga la enajenación.

Méjico.—El marido dispone libremente de los muebles comunes de la dote (art. 2275).

En cuanto á los demás bienes dotales el Código distingue. El art. 2281 permite *al marido* disponer sin trabas, pero sólo en el caso de hallarse cumplidamente asegurados con hipoteca los intereses de la mujer. El 2282 consiente vender *á la mujer*, en pública subasta y con autorización judicial, para dotar ó establecer á sus hijos. Y el 2283 faculta *á ambos* cónyuges, con iguales requisitos, para enajenar ó hipotecar dichos bienes en los casos siguientes:

1.º Para establecer á los hijos.

2.º Para suministrar alimentos á la familia, si no hay otros bienes.

3.º Para pago de deudas de la mujer ó del dotante anteriores al matrimonio, si no puede realizarse el pago con otros bienes.

4.º Para hacer reparaciones indispensables en los bienes dotales.

5.º En caso de indivisión con un tercero.

6.º Para permutar ó comprar otros bienes que hayan de tener carácter dotal.

7.º Por expropiación en caso de utilidad pública.

La subasta sólo se exige cuando el valor de los bienes exceda de 300 pesos.

Francia y Portugal.—El primero de dichos Códigos, arts. 1554 al 1558 y el segundo en los 1148 y 1149, permiten disponer de los bienes muebles, y en cuanto á los inmuebles siguen un sistema parecido al de Méjico en su art. 2283, sin facultar al marido por sí solo en el caso de haber constituído hipoteca.

Italia.—Arts. 1404 y 1405. Ha de atenderse ante todo á lo pactado en las capitulaciones matrimoniales. En casos ordinarios, sólo pueden enajenarse ó gravarse los bienes dotales, con consentimiento de ambos cónyuges, y en virtud de autorización judicial, concedida por causas de necesidad manifiesta ó utilidad evidente.

ARTÍCULO 1362

Los bienes de la dote inestimada responden de los gastos diarios usuales de la familia, causados por la mujer ó de su orden bajo la tolerancia del marido; pero en este caso deberá hacerse previamente excusión de los bienes gananciales y de los del marido.

A) *Precedentes legales.*—No existen precedentes de este artículo, que establece una doctrina nueva en nuestro derecho; pero según las leyes 1.ª y 7.ª, del tít. 11, Partida 4.ª, la dote en general se entrega para mantener é ayudar el matrimonio con ella.

B) *Comentario.*—Los bienes dotales en sí mismos, en cuanto á su propiedad, llegaron á considerarse como un patrimonio sagrado de la mujer, al que no se permitía tocar. Aun cediendo algo el rigor de este principio, los frutos de la dote respondían siempre á las obligaciones y gastos de la sociedad, los bienes mismos no. Esta situación constituía un privilegio, que no había razón para conservar más que dentro de límites prudentes y racionales.

Critícase la disposición del art. 1362, como novedad poco

meditada, contraria á todos los precedentes de nuestro derecho y al sentido unánime de la jurisprudencia del Supremo, y peligrosa para el patrimonio de la mujer y para los intereses de la familia. Ciertamente, considerando la dote como un fondo de reserva que asegura el porvenir de la esposa y de los hijos, no sería justo equipararla á otros bienes como los gananciales, cuyo objeto es precisamente sobrellevar todas las cargas, gastos y atenciones del matrimonio; pero llega un momento en que tales bienes ó no existen, ó no bastan para el objeto á que se les destina, que los bienes del marido tampoco son suficientes, y en que es de todo punto indispensable cubrir las primeras necesidades de la vida, y esas necesidades se cubren; pero mientras no haya más que bienes dotales, ¿deberán los acreedores perder sus créditos para que la dote no sufra merma alguna? ¿deben sostenerse hasta ese punto los privilegios dotales? ¿no sería aún más perjudicial para la familia tal exceso de protección? Resulte ó no modificado en parte nuestro derecho anterior, sufra ó no el patrimonio de la mujer, era preciso resolver ese conflicto en el sentido que dictan la razón y la justicia. Los intereses de la familia y el patrimonio de la mujer sufrirán perjuicio, no por virtud del precepto legal, sino por las necesidades y la falta de otros medios para satisfacerlas.

Los bienes de la dote inestimada pueden ser obligados por la voluntad expresa de los cónyuges, cumpliendo con las formalidades prevenidas en el art. 1361, y quedan obligados, aun contra su voluntad, en el caso prevenido en el 1362.

Para la aplicación de este artículo es preciso: 1.°, que se trate de gastos diarios usuales de la familia; 2.°, que dichos gastos se causen por la mujer ó de su orden y hayan sido tolerados por el marido; 3.°, que no existan gananciales ni bienes propios del marido, ó no sean suficientes, ni basten tampoco naturalmente los frutos de la misma dote que merecen el concepto de gananciales ante la ley.

a) Los gastos diarios usuales de la familia se reducen á lo que cada día es costumbre comprar en la casa de que se trate.

En cuanto no se cumpla tal requisito por tratarse de gastos usuales, pero no diarios, ó que se repitan varios días seguidos, pero no sean acostumbrados, ó no se inviertan en la familia; falta la primera condición necesaria para la responsabilidad especial que el artículo 1362 establece.

Las palabras *diarios* y *usuales* parecen reforirse á gastos ordinarios, nunca de gran importancia. Los gastos de una enfermedad podrán merecer el concepto de gastos diarios usuales, sólo en el caso de tratarse de una enfermedad crónica que requiera medicación constante que á diario se compre. Fuera de esto, una enfermedad no es usual, ni pueden merecer ese concepto los gastos que ocasione. El vestido, calzado, etc., tampoco puede considerarse gasto diario. La esfera de acción del artículo es, por lo tanto, bastante reducida. En caso de duda resolverán los Tribunales.

b) La segunda condición es natural: los gastos diarios usuales de la familia se hacen de ordinario por la misma mujer ó de su orden, pues á ella corresponde atender en el interior del hogar á la alimentación de los individuos de la familia y cuidar de que se llenen todas las atenciones usuales debidas. El marido ha de tolerar esos gastos, esto es, no ha de oponerse á ellos; el Código no exige el consentimiento, y la tolerancia debe presumirse por el hecho de haberse invertido lo gastado dentro de la familia.

c) Por último, la tercera condición consiste en no existir bienes gananciales, ni propios del marido, ó no ser suficientes, á cuyo efecto exige el Código la previa excusión de esos bienes. No pagando voluntariamente los cónyuges, los acreedores reclamarán el importe de sus respectivos créditos ante la autoridad judicial; pronunciada sentencia condenatoria en el juicio declarativo correspondiente, se embargarán para el cobro los bienes de la dote, si no se encuentran otros que sean responsables con preferencia, y si reunen las otras condiciones exigidas en el artículo. Según que sea ó no conocida de antemano la necesidad de acudir á la dote, la prueba de esas condiciones se verificará

en el acto del juicio ó en los trámites de ejecución de la sentencia.

La ley no habla de los parafernales de la mujer, por lo que, aunque existan, antes que ellos responden los bienes dotales. Así lo comprueba el párrafo segundo del art. 1385. Esto es natural, porque se trata de gastos de la familia, no de deudas privativas de la mujer, y porque á dicho efecto es más lógico recurrir á los bienes dotales que á aquellos cuyo dominio y administración se reserva la mujer.

Las tres condiciones reunidas dan idea clara de la razón del precepto. Se trata de gastos que suelen no pagarse al contado, y en los que no es raro que el acreedor espere en la confianza de que han de abonarse; interviene al fin la mujer, que es la dueña de los bienes, y no hay más remedio que recurrir á la dote.

***

Pero el art. 1362, al asignar á los bienes dotales la responsabilidad especial que nos ocupa, ¿quiere decir que por ninguna otra razón ó motivo podrán embargarse dichos bienes, concediéndoles así una inalienabilidad relativa? ¿será el artículo más importante por lo que deja adivinar que por lo que expresamente preceptúa?

A semejanza del Código italiano, aunque sin extremar el principio de la inalienabilidad de la dote, el art. 1287 del proyecto de Código de 1851 decía: «Ni la mujer casada, ni el marido, ni los dos juntos, pueden tampoco obligar la dote, sino para alguno de los fines y con las formalidades expresadas para los casos respectivos en el art. 1282. También quedará obligada la dote al importe de los gastos diarios usuales, etc. Aquí la regla se presenta clara y seguida de su excepción. Pero aun sin aquélla, el art. 1362 significa lo mismo.

Debe la familia al médico, y al comerciante, y al sastre y á otras varias personas por razón de su oficio ó profesión; el marido carece de bienes, no hay gananciales y existe dote. ¿No

podrá reclamarse contra los bienes dotales para conseguir el cobro? Evidentemente no; si la dote respondiese también de todos esos gastos, el precepto del art. 1362 resultaría un engaño: se miraría como una inaudita excepción lo que no era, en suma, más que una parcial y limitadísima aplicación de un derecho general.

La razón se comprende. La dote pertenece á la mujer; la obligación de sostener á la familia es del marido; para ello cuenta con los bienes gananciales, y en su defecto, con los suyos propios. Si, pues, á consecuencia de esa obligación y de la administración por el marido, se contraen deudas, ni es responsable la mujer ni sus bienes, sean parafernales ó dotales. Confirma esta solución el art. 1422, según el cual, tales deudas se pagan después de adjudicar á la mujer los bienes de su pertenencia, lo cual es lógico, porque el crédito de la mujer es anterior al de todos los acreedores de la sociedad, salvo, naturalmente, el caso de gozar esos acreedores de una garantía especial sobre bienes determinados. Por esto es una excepción el precepto del artículo 1362. Ni cabe reclamar contra el derecho de usufructo de los bienes dotales, porque, como dijimos en su lugar, ese derecho no es enajenable; sólo pueden responder los frutos.

Lo mismo debemos decir en caso de otras deudas cuyo abono sea obligación del marido ó de la sociedad de gananciales, como pago de contribuciones, reparaciones ordinarias, colocación de los hijos, etc.

No defendemos ni atacamos este sistema, que es el de la mayoría de los códigos; sólo hacemos notar que, dentro de él, los bienes dotales y parafernales en sí mismos, no forman parte del haber social responsable respecto á terceros, y representan un capital que se adeuda á la mujer desde su aportación: sólo los frutos son de la sociedad.

Ahora bien: cabe que se trate de deudas peculiares de la mujer. Éstas pueden ser anteriores ó posteriores al matrimonio, y en el primer caso, los bienes dotales podían proceder de la misma mujer ó de un tercero, y ser estimados ó inestimados.

a) *Deudas anteriores al matrimonio.*—Los acreedores de la mujer por deudas anteriores al matrimonio no pueden ser perjudicados por el hecho de constituirse los bienes de la mujer en dote. Desde luego, los acreedores con hipoteca inscrita, con anticresis ó prenda, en suma, con garantía en bienes determinados, tienen preferencia. Pero aun tratándose de acreedores por acción personal, sus derechos pueden hacerse efectivos sobre los bienes dotales, si bien deben primero cobrar, á ser posible, en los bienes parafernales.

Las constituciones de dote merecen, en general, el concepto de actos á título lucrativo; en tanto se comprende su constitución, en cuanto la mujer tenga bienes de sobra, un activo que supere al pasivo, pues si no se reserva bienes suficientes para pagar á los acreedores anteriores al momento de la constitución, ésta se presume fraudulenta. En la dote estimada parece que varía la cuestión, porque el acto aparenta la forma de un contrato oneroso y la propiedad se transfiere al marido; pero, como hemos dicho, la dote estimada no es, en suma, más que una forma especial de constitución de la misma, en cuya virtud el marido, en vez de devolver los mismos bienes recibidos, debe restituir su importe. El núm. 2.º del art. 40 de la ley Hipotecaria no distingue, y en su criterio, las constituciones dotales son siempre enajenaciones á título gratuito. El marido devolverá de menos el importe de lo pagado á los acreedores de la mujer, ó el del valor de los bienes necesarios para el pago voluntario ó forzoso de dichos créditos. La enajenación inscrita habrá de ser, en su caso, rescindida como fraudulenta.

Cuando la dote es inestimada, la propiedad es de la mujer, de modo que la solución es menos dudosa. El acto de constitución de dote merece el concepto de gratuito aun con relación al usufructo, como hicimos notar en el comentario de los artículos 1338 y 1339.

Si los bienes dotales proceden de un tercero, y se entregan al marido como estimados, no pueden responder de las deudas de la mujer, que nunca ha poseído esos bienes, sino sólo en su

caso de las del dotante. Si se entregan como inestimados, al mismo tiempo que pasa el dominio á la mujer, se constituye la dote y pasa el usufructo al marido ó á la sociedad, de modo que escapan á la acción de los acreedores de dicha mujer, que, por otra parte, no tenían motivo para contar con esos bienes para cobrar sus créditos. A lo más, podrán reclamar contra la nuda propiedad á falta de parafernales.

b) *Deudas de la mujer posteriores al matrimonio.*—En la dote estimada no hay cuestión, por no pertenecer los bienes á la mujer.

En la inestimada, cuya administración es del marido, y el usufructo, del mismo ó de la sociedad de gananciales, puede ofrecerse duda; pero el Código declara en el art. 1408 de cargo de dicha sociedad los atrasos ó réditos devengados durante el matrimonio de las obligaciones á que estuviesen afectos los bienes privativos de cada cónyuge; las contribuciones que afectan á los bienes de la mujer corren á cargo del marido ó de la misma sociedad, y la mujer no puede, por regla general, obligar en forma alguna durante el matrimonio los bienes de la dote. No deben, pues, existir deudas peculiares de la mujer en ese período, ó han de ser imputables á los parafernales.

Sin embargo, no cabe negar que hay casos excepcionales. Las responsabilidades nacidas de delito ó falta de la mujer, multas y condenas que puedan imponérsele, gastos de cobranza y defensa de los bienes dotales, son desde luego imputables á los bienes de la misma, por lo que su importe, si se abona por el marido, es deducible al tiempo de la restitución, y si no se abona, ha de hacerse efectivo en bienes de la mujer. Véanse los artículos 1377 y 1410. Ahora bien: aun no habiendo parafernales, sólo puede responder la nuda propiedad de los bienes dotales inestimados, pues con anterioridad á esas responsabilidades dejó de pertenecer á la mujer el usufructo, salvo que quedasen afectos con consentimiento del marido.

C) *Códigos extranjeros.*—Concuerda el art. 1362 con el 2290 del código de Méjico.

ARTÍCULO 1363

El marido no podrá dar en arrendamiento por más de seis años, sin el consentimiento de la mujer, bienes inmuebles de la dote inestimada.

En todo caso se tendrá por nula la anticipación de rentas ó alquileres hecha al marido por más de tres años.

No existen precedentes legales.

El arrendamiento por más de seis años, ó en que se anticipan las rentas de tres, vino á convertirse en un verdadero derecho real por la ley Hipotecaria. El Código, se inscriba ó no, considera que el acto excede las facultades del marido, y de aquí que exija el consentimiento de la mujer mayor de edad, y si es menor, el cumplimiento de las formalidades prescritas en el art. 1361.

En todo caso, el marido, á lo más, puede considerarse como un usufructuario, por lo que es aplicable el art. 480 en la parte que á arrendamientos se refiere.

Véase el comentario de dicho artículo, y el del 1548, que viene á repetir el precepto del 1363.

Códigos extranjeros.—Según los artículos 2293 y 2294 del código de Méjico, garantida la dote con hipoteca, el marido puede disponer en absoluto; no garantida, sólo puede arrendar con consentimiento de la mujer, y á lo más por nueve años. El contrato ha de subsistir todo el tiempo convenido, aunque durante él se disuelva el matrimonio; pero es nula la anticipación de rentas ó alquileres al marido por más de un año.

El art. 2000 del código de Uruguay limita la duración á ocho años en las fincas rústicas y cinco en las urbanas.

ARTÍCULO 1364

Cuando los cónyuges, en virtud de lo establecido en el art. 1315, hubiesen pactado que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales sin expresar las re-

glas por que hayan de regirse sus bienes, ó si la mujer ó sus herederos renunciaren á dicha sociedad, se observará lo dispuesto en el presente capítulo, y percibirá el marido, cumpliendo las obligaciones que en él se determinan, todos los frutos que se reputarían gananciales en el caso de existir aquella sociedad.

Sin precedentes.

Véase el comentario de los artículos 1315 y 1357.

SECCIÓN TERCERA

DE LA RESTITUCIÓN DE LA DOTE

ARTÍCULO 1365

La dote se restituirá á la mujer ó á sus herederos en los casos siguientes:

1.º Cuando el matrimonio se disuelva ó se declare nulo.

2.º Cuando se transfiera á la mujer la administración de su dote en el caso previsto por el párrafo segundo del art. 225.

3.º Cuando los Tribunales lo ordenen con arreglo á las prescripciones de este Código.

A) *Precedentes legales.*—En la legislación antigua *procedía* la restitución de la dote:

1.º Por disolución del matrimonio; muerte del marido ó de la mujer (ley 31, tít. 11, Partida 4.ª).

2.º Por nulidad del matrimonio, salvo el caso de que hablaremos después (ley 26, tít. 11, Partida 4.ª).

3.º Por divorcio (ley 31, tít. 11, Partida 4.ª).

4.º Por prodigalidad del marido (ley 29, tít. 11, Partida 4.ª).

Según el art. 187 de la ley Hipotecaria, «cuando el marido no hubiere constituído hipoteca dotal, y comenzare á dilapidar sus bienes, quedará á salvo á la mujer el derecho que le conceden las leyes para exigir que los que subsistan de su dote se le en-

treguen, se depositen en lugar seguro ó se pongan en administración».

Se *suspendía* la restitución: 1.º, por quedarle al padre hijos menores, en cuyo caso la dote formaba parte de su peculio adventicio, y seguía el usufructo y la administración en el mismo, obligado á restituir; 2.º, por razón del beneficio de competencia, pues había de quedarle al marido lo necesario para subsistir, y sólo restituía lo que era posible, quedando obligado á entregar lo demás cuando pudiese. (Leyes 31 y 32, tít. 11, Partida 4.ª).

No procedía la restitución de la dote:

1.º Por adulterio de la mujer (ley 23, tít. 11, Partida 4.ª).

2.º Por declararse nulo el matrimonio en virtud de impedimento dirimente sabido por ella é ignorado por su marido (ley 50, título 14, Partida 5.ª).

3.º Cuando, según costumbre del país, muerta la mujer debiera pasar la dote al marido (ley 23, tít. 11, Partida 4.ª).

4.º Cuando se hubiese pactado que, muerto uno de los cónyuges, sin hijos ó en determinadas condiciones, quedara á favor del otro la dote (ley 23, tít. 11, Partida 4.ª).

B) *Comentario.*—El objeto de la dote es atender con sus frutos á las cargas del matrimonio. Cuando la sociedad conyugal deja de existir, la dote ó su valor deben restituirse. Ha desaparecido su objeto ó cesa su necesidad.

La restitución de la dote consiste en la devolución á la mujer ó á sus herederos de los mismos bienes dotales, si fué inestimada, ó de su valor, si se constituyó como estimada, ó si por cualquier circunstancia no pudieran devolverse en la inestimada los mismos bienes en que consistía.

La restitución de la dote supone como precedente indispensable el hecho de su entrega al marido, punto sobre el cual nos referimos al comentario de los arts. 1344 y 1345.

Si el importe de la dote se reduce durante el matrimonio, sólo debe restituirse lo que de ella quedare, con arreglo al artículo 1350.

Descomponiendo el art. 1365, y relacionándole con otros del Código, resulta que el marido, sus herederos ó representantes legítimos, según los casos, deben restituir la dote á la mujer, ó á los representantes de ésta ó sus herederos, en los casos siguientes:

1.º *Cuando el matrimonio se disuelva por muerte de uno de los cónyuges.*

Este caso es el más propio y natural. La dote es una institución especial, que sin el matrimonio no se concibe. No goza verdadera existencia hasta que el matrimonio se contrae; no puede vivir cuando el matrimonio se disuelve.

2.º *Cuando el matrimonio se declara nulo.*

El Código no establece claramente excepción alguna: la nulidad del matrimonio produce ó parece producir siempre la restitución. El precepto del art. 1365, de acuerdo con el 72, es en esta parte perfectamente lógico: el matrimonio nulo no existe; los efectos de la nulidad deben equipararse á los de la disolución. El derecho anterior no desconocía ciertamente esta consecuencia; la dote dejaba también de existir, pero como pena se privaba de ella á la mujer cuando lo merecía, relevando al marido del deber de la restitución.

Si se tiene en cuenta, sin embargo, no sólo lo dispuesto en los arts. 72 y 1365, sino también la doctrina que se deduce del 69, y lo preceptuado en el núm. 3.º del art. 1333, en el 1373 y en el 1378, se verá que á pesar de la declaración terminante del que nos ocupa, debe entenderse que la mujer pierde el derecho á la restitución de su dote cuando procede de donación que le hizo su marido antes del matrimonio y éste se declara nulo, mediando, por parte de ella, mala fe.

3.º *En caso de presunción de muerte por ausencia.*

Derívase este caso de las disposiciones del Código sobre la materia, y debe consignarse al lado de los anteriores, pues los efectos de esa presunción equivalen á los de la muerte misma, sin perjuicio de los derechos del presunto muerto si no resultase cierta la presunción.

4.º *Cuando se haya declarado la prodigalidad del marido.*

El Código aplica aquí lo dispuesto en el art. 225. El marido pródigo es un mal administrador; los intereses de la mujer están en peligro; aunque se haya asegurado la devolución de los bienes con hipoteca, conviene hacer cesar ese estado, que puede producir á la familia muchos males y ningún beneficio. Por esto, uno de los primeros efectos de la declaración de prodigalidad ha de ser la restitución de la dote á la mujer, para que ella misma se encargue de su administración.

El art. 187 de la ley Hipotecaria ha quedado modificado por el núm. 2.º del 1365 del Código, pues en éste no basta que el marido haya empezado á dilapidar sus bienes, sino que es preciso que se le declare pródigo, y siendo así, no cabe afianzamiento ó depósito, sino sólo la restitución de la dote á la mujer.

5.º *Cuando se decrete el divorcio por Tribunal competente, habiendo dado causa para él el marido.* (Núm. 4.º del art. 73 y párrafo segundo del 1436.)

6.º *Cuando la mujer pida y obtenga la separación de bienes, fundándose en la sentencia que condene al marido á la pena de interdicción civil.* (Arts. 1433 y 1436.)

7.º *Cuando sea nombrada tutora de su marido en caso de locura ó sordomudez, con arreglo al art. 220.* (Arts. 1441, núm. 1.º, y 1443.)

8.º *Cuando pida y obtenga la declaración de ausencia del marido, con arreglo á lo dispuesto en los arts. 183 y 185.* (Arts. 1441, número 2.º, y 1443.)

En los cuatro últimos casos, la restitución puede ser provisional, pues al reconciliarse los esposos, ó al desaparecer la causa que motiva ó determina la transferencia de la administración de los bienes á la mujer, vuelven á regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes. Sin embargo, con arreglo á lo dispuesto en el art. 1439, dicha restitución se equipara en sus efectos á la definitiva.

Cesa la obligación de restituir los bienes dotales:

1.º Cuando en las capitulaciones matrimoniales se hubiese

pactado por los esposos que quede la dote á la disolución del matrimonio en poder del marido, siempre que en virtud de ese pacto no se perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos, ni se ofenda á las leyes ni á la moral.

2.° Cuando la mujer, en caso de divorcio, y con arreglo al número 3.° del art. 73, deba perder la dote constituída por el marido ó por otra persona en consideración al mismo.

3.° Según nuestra opinión, cuando en caso de nulidad del matrimonio, con mala fe por parte de la mujer, no surta, respecto á ella, efectos civiles la unión, y deba perder en su consecuencia la donación que como dote le hiciera su marido.

El solo adulterio de la mujer, si no se obtiene el divorcio, no produce hoy el efecto de impedir la restitución de los bienes dotales, ni cabe costumbre que se oponga á tal restitución cuando legalmente proceda, en los países en que debe regir el Código, ya que la costumbre sólo puede imperar á falta de ley.

Los casos en que se suspendía la restitución tampoco pueden considerarse hoy en vigor. No obsta al deber de restituir, el hecho de quedar hijos menores de edad no emancipados, aunque los bienes sigan siendo administrados por el padre, si dichos hijos viven en su compañía. Ha de practicarse de todos modos la procedente liquidación y determinación de los bienes que en pago de la dote pertenecen á los descendientes. Por otra parte, el marido recibirá su parte de gananciales, si los hay, y su legítima, sin que, aun no teniendo todo lo necesario para su subsistencia, pueda reservarse porción alguna de los bienes dotales. Por imposibilidad material, que no impide lo legal de la obligación, puede haber casos en los que se deba lo que no se pueda pagar.

En los casos 1.° y 3.° de los señalados para la restitución en nuestro comentario, muerto el marido ó declarada la presunción de su muerte, restituirán sus herederos la dote á la mujer. Muerta ésta ó presumiéndose tal, la restitución se hará á sus herederos por el marido.

En los casos 6.°, 7.° y 8.°, la restitución se hará á la mujer

por los representantes legítimos del marido, y siendo tutora ó representante la misma mujer, por los que deban sustituirla en caso de incompatibilidad.

En los demás casos, el marido es quien debe devolver la dote á su mujer.

Esta es la regla general. Cabe, sin embargo, que la dote haya de devolverse á la persona que la constituyó, por haberse establecido pacto de reversión, ya en caso de no quedar descendientes, ya por muerte de la mujer, ya en absoluto al disolverse el matrimonio ó sobrevenir circunstancias determinadas.

C) *Códigos extranjeros.*—Según el art. 2309 del código de Méjico, la dote debe restituirse en caso de disolución del matrimonio y por causa de ausencia ó divorcio. De otros artículos se desprende que también procede la restitución en caso de separación voluntaria ó legal, y de mala administración del marido.

El 1156 del código de Portugal se refiere á la disolución y á la separación.

El 1134 del de Guatemala impone la obligación de restituir al concluirse la sociedad conyugal.

Los códigos de Francia é Italia no determinan los casos taxativos en que procede la restitución.

ARTÍCULO 1366

La restitución de la dote estimada se hará entregando el marido ó sus herederos á la mujer ó á los suyos el precio en que hubiese sido estimada al recibirla el marido.

Del precio se deducirá:

1.º La dote constituída á las hijas, en cuanto sea imputable á los bienes propios de la mujer, conforme al art. 1343.

2.º Las deudas contraídas por la mujer antes del matrimonio y que hubiese satisfecho el marido.

A) *Precedentes legales.*—Véase la ley 18, tít. 11, Partida 4.ª en el comentario del art. 1346.

Según la ley 26 del mismo título y Partida, deben restituirse los bienes dotales. «E esto se entiende si non fuere apreciada al tiempo que fué dada. Ca estonces, seyendo apreciada, deue auer la estimacion della, é non mas.»

B) *Comentario.*—Los bienes de la dote estimada se transfieren al marido, lo cual no quiere decir que la mujer pierda su dote. Ésta es suya, pero se convierte en un crédito contra el marido. Su derecho, por consiguiente, no consiste en exigir los mismos bienes dotales, sino su importe ó estimación.

La restitución se efectúa con gran facilidad porque no hay que detenerse á investigar la suerte de los bienes dotales. Poco importa que estos hayan aumentado ó disminuído de valor, que se hayan perdido sin culpa ó por culpa del marido, que se hayan vendido por más ó menos precio, ó permutado ó gravado. El marido no debe los bienes sino su valor en la fecha en que se le entregaron, y ese valor debe devolver, sea el que fuere el beneficio ó el perjuicio que el acto le hubiese ocasionado.

De aquí la crítica que se hace de esa forma especial de constitución de la dote, considerando injusto que la mujer pierda los beneficios que pudieran experimentar sus propios bienes cedidos sin necesidad, y el marido sufra perjuicios también innecesarios, y más injusto aún que consistiendo la dote en ropas ó muebles, aquéllas se usen por la mujer y éstos por la sociedad, y se pierdan ó deterioren, y pague, no obstante, el marido su valor, valor, en suma, de algo de que ni dispone ni disfruta.

Lo verdaderamente injusto sería, sin embargo, que nuestro Código, á semejanza de otros, considerase como dote estimada por regla general los bienes muebles, y como inestimada los inmuebles, atribuyendo siempre la ventaja á la mujer. Pero cuando se ofrecen dos formas especiales de constitución de la dote, para que libremente se escoja en cada caso la que se crea mejor, toda crítica está demás, pues quienes podrían quejarse son los mismos que han tenido la facultad de escoger.

Para el dinero y los bienes fungibles en general, la forma de dote estimada es natural y conveniente. Tratándose de inmuebles, de ordinario el aumento ó disminución de su valor, será debido al marido, por lo que no es tan injusto como se cree, que él recoja el bien ó sufra el daño. Y en cuanto á ropas y muebles, no aceptándose la responsabilidad de devolver su importe, no hay cuestión. En todo caso, la sencillez de relaciones jurídicas en la dote estimada es una ventaja.

La restitución de la dote estimada, se verifica, pues, entregando el marido ó sus herederos ó representantes, á la mujer ó á los herederos de la mujer, según los casos, el valor en que hubiesen sido apreciados los bienes que la constituían, menos las cantidades que se hayan pagado por el marido y sean imputables á la mujer. Cuando esto ocurra, debe preceder una liquidación para conocer el valor líquido que habrá de ser restituído.

El art. 1366 fija las deducciones procedentes, que son:

1.° La dote constituída á las hijas, en cuanto sea imputable á los bienes propios de la mujer, conforme al art. 1343. Es claro que para que proceda tal deducción es preciso que esa dote, ó la parte de que se trate, haya sido entregada por el marido de sus propios bienes. Si consistía en dinero ú objetos procedentes de los bienes parafernales de la mujer, ó se pagó por ésta en todo ó en parte, no ha lugar á la deducción, ó sólo debe deducirse la parte adelantada por el marido. Pagándose con bienes gananciales, debe aplicarse el art. 1419.

2.° Las deudas contraídas por la mujer antes del matrimonio y que hubiese satisfecho el marido.

La deducción no puede ser más justa; pero si en virtud de delito ó de falta, el marido ha tenido que pagar alguna multa ó condena pecuniaria imputable á la mujer y no anterior al matrimonio, ¿no será también deducible?

Aunque el art. 1366 no lo dice, no cabe duda alguna de la procedencia de esa deducción, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 1410. En general ha de ser deducible cuanto haya pagado el marido y sea imputable á los bienes de la mujer. Véa-

se el comentario del art. 1377, en cuanto pueda ser aplicable.

Al efecto de obtener la restitución, corresponde á la mujer ó sus herederos una acción contra el marido ó los suyos, acción en principio personal, pero que puede ser real, si en cumplimiento de la ley se constituyó la hipoteca dotal correspondiente.

¿Cuándo puede exigirse la restitución y entablarse en su consecuencia la acción que proceda? Desde luego dentro del término fijado en general á las acciones personales ó hipotecarias; pero ¿á contar desde el momento mismo de la disolución de matrimonio ó de algún plazo después?

El art. 1366 no expresa nada sobre este particular; pero habiendo de entregarse una cantidad, es evidente que no siempre podrán el marido ó sus herederos disponer de ella, para realizar inmediatamente la restitución; habrá necesidad de vender grano ó ganado, tal vez fincas, ó recurrir á un préstamo, y esto requiere tiempo. De aquí los preceptos de los artículos 1370 y 1371, que, aunque parecen dictados, sobre todo el primero, para la dote inestimada, no cabe duda que por la generalidad de su expresión, y por su espíritu, son también aplicables á la estimada, casi con más razón. No habiendo metálico, creemos, pues, que hasta que transcurra un año desde la causa que diese lugar á la restitución, no puede ésta exigirse, aunque si cumplirse voluntariamente, y que hasta que la entrega se efectúe ha de abonarse el interés legal. Véase el comentario de los artículos 1370, 1371 y 1379.

Si en las capitulaciones matrimoniales ó al constituirse la dote se fijó un término mayor ó menor, debe respetarse lo estipulado, y en todo caso, después de la disolución del matrimonio, los interesados pueden convenir lo que mejor les parezca.

La restitución ha de hacerse precisamente en metálico. Sin embargo, si se permitió expresamente al dotar que no habiendo dinero pudiese hacerse el pago en otra forma, ó si los interesados, de común acuerdo, convienen en que se entreguen fincas ú objetos que tengan el valor de lo debido, nada puede contrariar su voluntad.

Además, si consistiendo la dote estimada en ropas de la mujer, ésta la usa, es natural que la conserve, y que su valor actual, ó sea el que tenga en el momento de la restitución, se tenga en cuenta para ser entregado de menos.

C) *Jurisprudencia.*—Véase en el comentario del art. 1359, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1900.

D) *Códigos extranjeros.*—El art. 2312 del Código de Méjico expresa que si la dote consiste en inmuebles estimados, en muebles enajenados ó en numerario, sólo podrá exigirse la entrega pasados seis meses después de la disolución del matrimonio ó de la separación legal.

El 1134 del código de Guatemala obliga al marido á pagar en metálico el valor de los bienes fungibles dotales, únicos que se entregan como estimados.

Pueden consultarse además los artículos 1410 y 1411 del código de Italia y 1565 del de Francia.

ARTÍCULO 1367

Los bienes inmuebles de la dote inestimada se restituirán en el estado en que se hallaren; y, si hubiesen sido enajenados, se entregará el precio de la venta, menos lo que se hubiese invertido en cumplir las obligaciones exclusivas de la mujer.

A) *Precedentes legales.*—Según la ley 31, tít. 11, Partida 4.ª, «desatado seyendo el matrimonio... deue ser entregada la dote á la mujer ó á sus herederos, si fuere de cosa que sea rayz».

B) *Comentario.*—En la dote inestimada deben restituirse, á ser posible, como sabemos, los mismos bienes.

El art. 1367 sólo se refiere á los inmuebles y á casos normales.

Los inmuebles son, en primer término, las fincas rústicas ó urbanas, cuya administración se confirió al marido, en concepto de dote inestimada. El marido se ha limitado á administrar y usufructuar como un buen padre de familia; los bienes se ha-

llan ó no mejorados y han sufrido ó no deterioro, pero sin que en ello haya influído el marido empleando en las mejoras su capital, ú ocasionando el daño por su culpa ó negligencia. La restitución se verifica sencillamente, devolviendo las fincas á la mujer ó á sus herederos en el estado en que se hallaren, porque el incremento ó deterioro que hayan experimentado, es de cuenta ó á cargo de la mujer como propietaria.

Aunque la ley parece aludir solamente al estado material del inmueble, lo mismo debe decirse de su estado jurídico. Si se ha adquirido ó se ha impuesto legalmente alguna servidumbre, si se ha hipotecado la finca ó sobre ella existe algún gravamen, sin responsabilidad especial por parte del marido, etc., la restitución se hará con las cargas ó derechos que existan en la actualidad.

En caso de existir mejoras, véanse los artículos 1368 y 1404.

Lo que queda expuesto respecto á las fincas, debe repetirse con relación á los derechos reales sobre bienes inmuebles existentes en la dote, que son considerados como inmuebles por el Código, censos, servidumbres, etc. La hipoteca representa un crédito en los casos normales, por lo que hay que tener presente el art. 1375.

Si se trata de un *usufructo*, la regla es sencilla: lo que se restituye á quien proceda ó se extingue, según los casos, es el derecho, pues los frutos durante el matrimonio pertenecen al marido ó á la sociedad de gananciales. Esta regla natural se deduce también del art. 1403. No hay, pues, razón para afirmar, como lo hacen varios autores, que en el Código no se preve este caso.

Cuando la mujer á quien pertenecía el usufructo lo entrega como dote, si muere el marido, sus herederos devolverán el derecho; si muere la mujer, el usufructo se extingue, y el marido debe entregar la finca ó fincas al nudo propietario. Si la propiedad pertenecía al mismo marido que constituyó dote con el usufructo, muerta la mujer se incorpora este derecho al de nuda

propiedad; muerto el marido, sus herederos restituyen el derecho á la mujer, caso de que debiera subsistir durante la vida de ésta.

Ahora bien: si la dote no consistía en el derecho de usufructo, sino en los frutos como capital destinado á producir, estos productos serán lo único perteneciente al marido ó á la sociedad, y deberán devolverse los frutos acumulados como verdadero capital dotal.

Los bienes inmuebles y derechos reales de la dote inestimada, deben hallarse inscritos á favor de la mujer, y basta hacer constar en el Registro que han perdido su cualidad de dotales por medio de nota. Como veremos en su lugar, la nueva adjudicación á la mujer en pago de sus aportaciones matrimoniales al disolverse la sociedad conyugal, no requiere racionalmente nueva inscripción á favor de ella, aunque sí es acto sujeto al impuesto de derechos reales.

El art. 1367 preve el supuesto de haber sido enajenados los inmuebles de la dote inestimada durante el matrimonio. En este caso, á los bienes sustituye, no el valor en que se aprecian al principio, sino el precio obtenido, sea menor ó mayor, deduciendo lo pagado por el marido en cumplimiento de obligaciones exclusivas de la mujer.

Estas últimas palabras, aunque se refieren al caso de enajenación, son igualmente aplicables á la restitución de los mismos bienes inmuebles. No se trata, sin embargo, de una liquidación completa de la dote inestimada, materia á la que principalmente atiende el art. 1377, sino de una liquidación parcial que afecta á dichos inmuebles. Por eso propiamente en este lugar deben incluirse el pago de pensiones de censos, intereses de una hipoteca, entregas de pensión, abono de gastos de escritura, etc.; pero de todos modos ha de hacerse, aunque la dote consista solo en inmuebles, una liquidación general, y respecto á ella véase el art. 1377.

Al hablar de precio, claro es que la ley alude á la venta. En caso de permuta, véase el art. 1337. Si la finca ó derecho se ce-

dió en pago de deudas de la mujer, previas, como en todo caso de enajenación, las formalidades legales, nada tendrá el marido que restituir, á menos de haber quedado algún sobrante.

En caso de incendio de una finca asegurada, ó de expropiación forzosa ó imposición de servidumbres legales, al inmueble sustituye la indemnización recibida.

Con relación á los frutos de las fincas, véanse los arts. 1379 y 1380.

C) *Códigos extranjeros.*—Tratan de la materia de nuestro artículo 1367, los 2317 á 2320 del Código de Méjico. Enajenados los inmuebles, si el precio se invirtió en la compra de otras fincas, se restituyen éstas, y en otro caso, debe el marido, no el precio que se obtuvo, sino la cantidad porque se constituyó la hipoteca.

Concuerda, además, nuestro artículo con el 1134, en parte, del código de Guatemala, 1564 del de Francia, y 1409 del de Italia, si bien hablan en general de la restitución de los inmuebles, y fijan los dos últimos el plazo para ello.

ARTÍCULO 1368

El abono de las expensas y mejoras hechas por el marido en las cosas dotales inestimadas se regirá por lo dispuesto con relación al poseedor de buena fe.

A) *Precedentes legales.*—Ley 32, tít. 11, Partida 4.ª

«Mejorando el marido la cosa que le dió su mujer en dote, non seyendo apreciada, assi como si la refiziesse, ó la acresciesse porque fuesse mejor é rendiesse mas: si las despensas que en ella metiere fueren atales, que se mejora la dote por ellas, puédelas contar, é auerlas aquellas que fiziere: además de quanto montare el esquilmo, que lleuó de los frutos, é de las rentas de la dote. Mas si fiziere el marido despensas en la dote de su voluntad, que se tomasse mas en apostura, que en pro della, assi como si fuessen casas é las pintasse, ó en otra manera se-

mejante destas, non las deue contar, nin las puede demandar quando entregare la dote».

B) *Comentario.*—El art. 1368, sienta una regla general aplicable igualmente á los bienes muebles ó inmuebles de la dote inestimada, por cuyo motivo no hemos estudiado este artículo unido al anterior. En alhajas, mobiliario, etc., caben gastos extraordinarios y mejoras, aunque sólo sean de puro lujo en su mayor parte. No es dudoso, sin embargo, que principalmente la esfera de acción de dicho artículo son los bienes inmuebles.

El artículo que estamos examinando, modifica los preceptos de los 487 y 488, para el caso de que tratamos. Considerándose al marido como usufructuario de los bienes, la aplicación de dichos artículos le facultaría para hacer cuantas mejoras útiles ó de recreo quisiera realizar en los bienes de la dote, más sin derecho á indemnización. La regla del art. 1368 es distinta; el marido no posee á título de dueño, posee, sin embargo, en virtud del precepto legal, y con completa buena fe: la regla, por consiguiente, es justa.

Critícase la disposición por los defensores de los privilegios dotales, porque el marido puede realizar mejoras tan importantes, que obliguen á la mujer á grandes desembolsos y tal vez á tener que vender lo mejorado, si no tiene otros medios de fortuna, para efectuar la debida indemnización.

Casos excepcionales no pueden servir de base á ningún precepto legal. ¿Sería más justo que el marido gastase una parte mayor ó menor de su fortuna en mejorar los bienes dotales, para que los recogiese la mujer ó sus herederos sin obligación alguna, enriqueciéndose á expensas del trabajo y del capital ajeno? Dado el precepto del art. 1334, que prohibe toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio, el legislador no podía conservar para la dote lo dispuesto en el art. 487. Ni puede olvidarse que el hecho de poseer los bienes y disfrutar las mejoras, no el marido sólo, sino todos los individuos de la sociedad conyugal, el deber pagarse en las mejoras útiles el importe de lo gastado ó la utilidad resultante, á elección de la mujer, y el per-

der el poseedor las mejoras de puro lujo ó mero recreo en muchos casos, hacen que la disposición sea enteramente justa y no peque de privilegiada.

El art. 1368 habla de expensas y mejoras. No creemos necesario repetir aquí cuanto con toda claridad quedó expuesto sobre el concepto de unas y otras y sus diferentes clases en el comentario de los artículos 451 al 458.

Pero es preciso determinar con exactitud la propia esfera de acción del art. 1368, para no excederse en su aplicación.

En primer lugar, ha de entenderse que se trata de gastos ó expensas que no sean obligatorios en el marido. Reparaciones ordinarias, pago de contribuciones, gastos de cultivo, etc., todo lo que en el Código constituye obligaciones del usufructuario, no puede ser materia de reembolso por la mujer. Gastos de carácter extraordinario, no obligatorios en el marido, merezcan ó no el concepto de necesarios, son los que entran en la disposición del art. 1368.

En segundo lugar, la frase «hechos por el marido», debe entenderse en un sentido estricto: las expensas ó mejoras han de haberse costeado por el marido con sus propios bienes. Si se trata de mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo, rige el art. 1360, y no procede abono ó indemnización. Si un edificio se repara, ó se planta una viña, ó se deseca una laguna, ó se construye una cerca, ó se colocan estátuas en un jardín ó escalera, ó se reviste de raso un mobiliario, con fondos de la mujer, suyo es el beneficio, sin que proceda reintegro. Si esos mismos gastos y mejoras ú otros análogos se realizan con bienes gananciales, rige el art. 1404: las mejoras siguen á los bienes, pero el importe de los gastos forma parte del haber común ó ganancial. Solamente, pues, en el caso de tratarse de expensas y mejoras hechas por el marido á costa de su propia fortuna, rige el art. 1368.

Sabida ya la esfera de acción de este artículo, para su aplicación basta repasar el comentario de los artículos 451 á 458. Corresponde al marido, en los casos procedentes, el derecho de retención, como poseedor de buena fe.

Con relación al deterioro ó pérdida que puedan experimentar durante el matrimonio los bienes dotales, muebles ó inmuebles, inestimados, es aplicable á los efectos de la restitución el artículo 1360.

C) *Códigos extranjeros.*—Concuerda con el art. 2324 del código de Méjico.

Análogos preceptos se contienen en los 1163 y 1164 del código de Portugal.

ARTÍCULO 1369

Una vez disuelto ó declarado nulo el matrimonio, podrá compelerse al marido ó á sus herederos para la inmediata restitución de los bienes muebles ó inmuebles de la dote inestimada.

ARTÍCULO 1370

No podrá exigirse al marido ó á sus herederos, hasta que haya transcurrido un año, contado desde la disolución del matrimonio, el dinero, los bienes fungibles y los valores públicos que en todo ó en parte no existan al disolverse la sociedad conyugal.

ARTÍCULO 1371

El marido ó sus herederos abonarán á la mujer ó á los suyos, desde la disolución del matrimonio hasta la restitución de la dote, el interés legal de lo que deban pagar en dinero, el del importe de los bienes fungibles, y lo que los valores públicos ó de crédito produzcan entretanto, según sus condiciones ó naturaleza, salvo lo dispuesto en el art. 1379.

A) *Precedentes legales.*—Ley 31, tít. 11, Partida 4.ª

«Desatado seyendo el matrimonio, por alguna razón derecha, luego que el diuorcio sea fecho, deue ser entregada la dote á la mujer ó á sus herederos si fuere de cosa que sea rayz. Mas

si fuera la dote de cosa mueble, deue ser entregada fasta vn año desde que el diuorcio fué fecho. Esso mismo sería si el matrimonio se partiesse por muerte. Ca deue ser entregada la dote ó la donación á aquel que la deue auer si fuere cosa que sea rayz, luego que el matrimonio se departe: é si fuere de cosa mueble fasta vn año»...

B) *Comentario.*—Antes de ocuparse el Código de las disposiciones relativas al modo de restituirse los bienes muebles de la dote inestimada, trata del plazo dentro del cual debe procederse á la restitución, materia de los artículos que vamos á examinar.

El art. 1369 sienta una regla general. El marido, mientras subsiste la sociedad conyugal y tiene capacidad bastante, es un administrador, un depositario de los bienes de la dote inestimada. Cuando la sociedad conyugal deja de existir en definitiva ó transitoriamente, ó cuando esa administración termina por incapacidad ó ausencia, los bienes deben devolverse á su dueño. No hay razón para conceder más plazo que el preciso para verificar la entrega; sean muebles ó inmuebles los bienes, deben estar en poder del depositario, y no habrá dificultad para la inmediata restitución.

Pero hay bienes que por su naturaleza especial, no es natural que en sí mismos se conserven, ni en todo momento ha de poder hallarse otro tanto de la misma especie. Esto sucede con el dinero y los bienes fungibles, y aunque en menor escala con los valores públicos. Si al disolverse la sociedad conyugal ó al llegar la causa que motiva la restitución, existen ya los mismos bienes, ya otro tanto de igual clase que pueda perfectamente sustituirlos, la regla es la misma, la general, la devolución debe ser inmediata. Pero si esos bienes especiales no existen en ese momento, la ley concede al marido ó sus herederos un año para realizar la debida restitución.

La disposición es lógica y natural, porque no se improvisa lo que no se tiene; es preciso, por lo menos, reunir fondos, si es que todo se debe ó se puede sustituir con metálico, y para ello

hay que esperar el vencimiento y pago de créditos ó de rentas, ó vender frutos ó bienes muebles ó inmuebles, ó realizar un préstamo, y para todo esto se necesita tiempo.

El plazo está señalado en interés del deudor, de modo que el marido puede pagar antes del año. Los interesados á su vez, pueden acordar una prórroga, y en todo caso debe respetarse, con preferencia á la ley misma, lo que con relación al plazo se hubiese estipulado en las capitulaciones matrimoniales, ó al constituirse la dote en escritura pública.

Las ultimas palabras del art. 1370 indican claramente que se refiere á bienes dotales inestimados; pero como dijimos en su lugar, el precepto debe aplicarse también á la dote estimada. En general, siempre que la restitución deba verificarse en metálico, por exigirlo ó permitirlo así la ley, existe la misma razón de decidir, y debe, en nuestra opinión, concederse al marido ó sus herederos, por analogía, el beneficio de dicho artículo.

Así pues, no sólo cuando se aportó metálico como dote, sino también cuando á los bienes muebles ó inmuebles vendidos, sustituye en la obligación de restituir, su precio, cuando con arreglo al art. 1372 por no existir parte de los bienes muebles, deba entregarse su valor en dinero, ó cuando el marido deba indemnizar á su mujer por deterioros producidos por su culpa ó negligencia ó por otra razón que motive indemnización, debe aplicarse lo dispuesto en el art. 1370.

Abona esta solución la circunstancia de que la mujer ó sus herederos no pueden sufrir gran perjuicio con la dilación; pues el art. 1371 impone al marido ó los suyos la obligación de abonar el interés legal de lo que deben pagar en metálico, el del importe de los bienes fungibles y lo que los valores públicos ó de crédito produzcan desde el día de la disolución del matrimonio hasta el en que se verifique la restitución.

Este precepto obliga á fijar el valor de los bienes fungibles ó el de los valores cotizables que debieron ser objeto de la restitución. Tratándose de dote inestimada, el valor que ha de darse á esos bienes será el que les corresponda el día en que debía ha-

cerse la devolución; pues el aumento ó disminución, á partir desde la constitución de la dote, es de cuenta de la mujer, y ese día es el de la disolución ó nulidad del matrimonio, ó el de la separación de los bienes, ó traspaso de la administración de su dote á la mujer, no un año después, pues la concesión de ese año es un beneficio especial á los efectos de la entrega, no á los efectos de la liquidación del haber dotal.

Por otra parte, la regla respecto al plazo en que corre el interés legal ó el producto de los valores públicos, es clara. No es el año concedido para el pago; es menos ó más, ó eso mismo, según las circunstancias, desde la causa que da lugar á la restitución hasta que ésta se efectúa, pues aun cuando la ley concede un año, no hay que olvidar que puede hacerse el pago antes, y que, á pesar del precepto legal y de repetidas reclamaciones, cabe también por múltiples circunstancias que se pague mucho después. A los intereses ó productos sustituyen los frutos cuando se trata de otra clase de bienes y no se restituyen oportunamente.

En el caso, pues, del art. 1369, la acción puede intentarse en seguida por la mujer ó sus herederos contra el marido ó los suyos, y en el caso del 1370, sólo puede intentarse al transcurrir el año. No habiendo hipoteca que garantice la restitución, la acción, como personal, dura quince años, y en virtud de ella, en su caso, se reclamarán los bienes dotales y los intereses, frutos ó productos que procedan.

La dote debe restituirse, á falta de designación expresa en contrario que resulte de las capitulaciones matrimoniales, en el lugar del domicilio de la sociedad conyugal.

Véase el comentario del art. 1379 que, en caso de muerte del marido, concede á la mujer un derecho alternativo á los frutos ó intereses de su dote, ó á que se le den alimentos del caudal que constituya la herencia.

C) *Códigos extranjeros.*—Previenen los arts. 2311 al 2314 del código de Méjico, que si la dote consiste en bienes raíces ó en muebles no enajenables, será restituída luego que se demande su entrega, y si consiste en inmuebles estimados, en muebles

enajenados ó en numerario, sólo podrá exigirse la entrega pasados seis meses después de la disolución del matrimonio ó de la separación legal, más con derecho al interés legal de las sumas retenidas.

Con la doctrina de los arts. 1369 y 1370 de nuestro Código, concuerdan en el fondo los 1158 y 1159 del código de Portugal, 1409 y 1410 del de Italia y 1564 y 1565 del de Francia.

ARTÍCULO 1372

A falta de convenio entre los interesados, ó de estipulación expresa en las capitulaciones matrimoniales, el crédito de dote inestimada ó la parte de él que no se restituya en los mismos bienes que hubiesen constituído la dote ó en aquellos que los hubiesen sustituído, deberá restituirse y pagarse en dinero.

De esta regla se exceptúa la restitución del precio de los bienes dotales muebles que no existan, el cual se podrá pagar con otros bienes muebles de la misma clase, si los hubiese en el matrimonio.

La restitución de los bienes fungibles no tasados se hará con otro tanto de las mismas especies.

A) *Precedentes legales.*—Aunque admitida en la práctica y la jurisprudencia la doctrina del art. 1372, no es fácil citar ley alguna en el derecho anterior que la contuviese.

B) *Comentario.*—Se ocupa el art. 1372 de la restitución de los bienes muebles de la dote inestimada.

La primera regla legal es la misma que se expresa en el artículo 1367, con relación á los bienes inmuebles. Deben restituirse, si existen, en el estado en que se encuentren; si han sido vendidos, los sustituye su precio; si han sido permutados, los representan los objetos adquiridos en el cambio. En suma, se restitúyen los mismos bienes ó los que los hayan sustituído, y sólo á falta de esta condición se aplica el art. 1372.

Esa regla ha de combinarse: 1.°, con la relativa al incre-

mento ó deterioro que puedan haber experimentado los bienes dotales, incremento ó deterioro, ó pérdida, en su caso, que es imputable á la mujer, mientras no haya mediado culpa ó negligencia por parte del marido; 2.°, con lo establecido respecto á gastos y mejoras en el art. 1368; 3.°, con cuanto se refiere á frutos, intereses ó productos en los arts. 1371, 1379 y 1380.

Sin embargo, no debe confundirse la liquidación necesaria para conocer lo que debe restituirse, á la que principalmente se refiere el art. 1377, con la restitución misma de los bienes inmuebles, créditos, muebles, etc., de que el Código se va ocupando aisladamente. Los bienes, sean las que fueren las indemnizaciones ó deducciones que por cualquier concepto procedan, se restituyen, si existen, en el estado en que se encuentren, con las accesiones ó mejoras que lleven consigo, ó con el deterioro ó merma á que hayan quedado reducidos, ó se restituyen los bienes que los hayan sustituído (metálico ú objetos), en el estado que tengan en su caso, y con los frutos ó intereses procedentes.

Cuando se trata de bienes fungibles, no tasados al tiempo de la constitución dotal, esto es, inestimados, debe restituirse con arreglo al art. 1372 otro tanto de la misma especie. Esta regla es natural, puesto que se trata de dote inestimada, y valgan más ó menos, la mujer sólo tiene derecho á lo que aportó; pero, por lo mismo, la circunstancia de que fuesen ó no tasados es accidental. Si se aportaron 100 fanegas de trigo y 200 arrobas de vino, tasadas ó no, pero en concepto de dote inestimada, el derecho de la mujer consiste en que al tiempo de la restitución se le entreguen 200 arrobas de vino y 100 fanegas de trigo, ó el valor, como veremos, que esos bienes representen al disolverse el matrimonio, declararse nulo, decretarse el divorcio, etc. Las palabras «no tasados», deben, pues, entenderse equivalentes á la de «inestimados». Aportados tales bienes como dote estimada, se debe el valor que tenían al tiempo de la constitución.

Aportados en dote inestimada bienes fungibles, el marido ó la sociedad conyugal sólo tienen derecho á los productos que esos bienes puedan producir. Por lo tanto, es indiferente que se ven-

dan ó se consuman en la familia ó se presten: la mujer tiene siempre derecho á lo que aportó como capital: otro tanto de la misma especie, y así lo preceptúa sin excepción ni distingos el art. 1372. La misma regla se deduce del art. 1359.

Cosa distinta sucede con aquellos bienes que se deterioran poco á poco, y aun se destruyen con el uso natural de los mismos, por ejemplo, los muebles y la ropa. En ellos, por su naturaleza distinta á la de los bienes fungibles, la mujer no puede pretender otro tanto de la misma clase, sino las mismas cosas que aportó en el estado en que se encuentren, y si se hubiesen destruído por el uso, sin culpa ni negligencia por parte del marido, la pérdida ó deterioro es para la mujer.

El proyecto de Código de 1851, siguiendo la doctrina de otros Códigos más favorables al régimen dotal, establecía en cuanto á estos bienes una doctrina distinta: destruídos por el uso, el marido debía pagar su valor. Este precepto se explicaba por la facultad que se concedía al marido de enajenar libremente todos los bienes muebles de la dote, lo que le daba el carácter de dueño, y convertía realmente la dote en estimada. En nuestro Código se trata de la restitución de lo legalmente restituible; el dominio de los bienes muebles inestimados pertenece á la mujer; á ella corresponde el incremento ó deterioro de los mismos, y en virtud del precepto del art. 1357, es aplicable al derecho de usufructo por el marido lo dispuesto respecto á los bienes que se deterioran poco á poco por el uso en el art. 481. Esto y la injusticia real que encierra la solución de conceder á la mujer todos los incrementos ó ventajas, y cargar al marido todas las pérdidas y perjuicios, cuando no es él solo el que posee y disfruta, nos mueve á interpretar la ley en el expresado sentido.

Ahora bien: aun prescindiendo del metálico y bienes fungibles, que no es natural existan los mismos, pero que son perfectamente sustituíbles por otro tanto de la misma especie, y de lo expuesto sobre aquellos que se deterioran poco á poco por el uso, la conservación de los demás bienes que se aportaron para poder ser restituídos, no es tan fácil como la de los inmuebles. En

la mayor parte de los casos, ni aun es posible precisar la causa de la desaparición de ciertos bienes, causa cuyo conocimiento exigiría para cada objeto una cuenta ó historia especial. Sea la que fuere esa causa, y en cuanto no conste claramente que no procede por cualquier motivo la restitución, la ley preve el hecho de no existir los mismos bienes en que se constituyó la dote, ni aquellos que de un modo cierto les hubiesen sustituído.

Llegado este caso, el art. 1372 quiere que se cumpla:

1.º La voluntad de los mismos interesados, cuando llegue el momento de la restitución; esto es, el acuerdo conforme del marido y los herederos de la mujer, ó de ésta y los herederos del marido, para que el valor de los bienes muebles que no existan y deban, sin embargo, restituirse, se pague en una forma determinada cualquiera, á plazos en metálico, por cesión de una finca ó de un crédito, en valores ó en grano, ó en otros bienes, mediante simple reconocimiento de deuda con ó sin interés, con ó sin hipoteca ó fianza, imponiendo la prestación de una pensión ó renta, etc. No se opone este acuerdo al art. 1320, porque llegado el caso de la restitución, ya no existe legalmente la sociedad conyugal.

2.º Lo pactado para ese supuesto en las capitulaciones matrimoniales.

3.º Lo dispuesto en la ley, que es que se entreguen bienes de igual clase mientras haya, ó en su defecto, metálico.

La voluntad de los interesados puede modificar lo convenido en las capitulaciones matrimoniales y lo dispuesto en la ley. Por eso se le asigna el lugar preferente. Pero si no hay acuerdo ó conformidad, hay que aplicar el contrato en que se previó ese caso, ó la ley en su defecto.

Con arreglo á la ley, el crédito de dote inestimada ó la parte de él que no se restituya en los mismos bienes que hubiesen constituído la dote, ó en aquellos que los hubiesen sustituído, debe restituirse y pagarse en dinero, con la ventaja concedida en el art. 1370, y el abono en su caso de intereses marcado en el 1371. De esta regla parece que no deben excluirse los bienes

fungibles inestimados, cuando al disolverse el matrimonio no puede restituirse otro tanto de la misma especie, porque no existe; pero en este punto la cuestión es indiferente, porque habiendo metálico, fácil es adquirir la necesaria cantidad de los bienes fungibles de que se trate.

Queriendo aun facilitar más la restitución, previene el artículo 1372 que se exceptúa de su regla la restitución del *precio* de los bienes dotales muebles que no existan, el cual se podrá pagar con otros bienes muebles de la misma especie, si los hubiese en el matrimonio.

Nótese que se trata de bienes muebles en general; pueden sustituirse alhajas con alhajas, mobiliario con mobiliario, caballerías con caballerías, etc. Y así se simplifica mucho la restitución, cuando es posible, sin exigir precisamente metálico, que no siempre es fácil encontrar.

La redacción dada al artículo puede acaso motivar una duda. Si en el art. 1372 se estableciese en primer término la excepción como regla supletoria, exigiendo, sólo á falta en el matrimonio de bienes muebles de la misma especie, el pago en metálico, aun se simplificaría más la operación; pero estableciendo ese medio como excepcional, y para el caso de la restitución del *precio* de los bienes dotales muebles que no existan, naturalmente puede pensarse, si es que el precepto únicamente debe aplicarse cuando los bienes que se aportaron fueron *vendidos* durante el matrimonio y es su precio lo que les sustituye.

Pero ¿qué razón puede haber para que en el caso de haberse vendido, por ejemplo, un caballo ó una alhaja dotal en cien duros durante la sociedad conyugal, pueda pagarse con otra alhaja ú otro caballo, si los hay, y no existiendo esos mismos bienes ú otros por una causa distinta á la venta, no pueda hacerse la misma sustitución ó realizarse el pago en igual forma? La razón no se encuentra. Por eso la palabra «precio» debe tomarse como equivalente en metálico de lo que se deba restituir; lo que no existe debe pagarse en dinero equivalente á su valor. Este es el precio que, sea la que fuere la causa de la no existencia, se debe

pagar; pero si hay bienes muebles de la misma especie, y calidad, ellos se entregarán en vez del metálico ó precio, porque así nadie se perjudica y se cumple perfectamente el deber de la restitución. Creemos que este es el alcance del precepto legal.

Llega, por tanto, la ley hasta el límite posible para facilitar la restitución de la dote inestimada consistente en bienes muebles. Es claro que legalmente todo debía depurarse: se aportó una alhaja y varios libros, y un mobiliario y ganado; la alhaja se cambió por otra de más ó menos valor, que después no parece; los libros se prestaron, en todo ó en parte; el mobiliario se vendió, y el ganado sufrió mil transformaciones, sin poder precisarse si el marido, por culpa ó negligencia, ocasionó alguna pérdida. Imposible reconstituir la historia de cada objeto. Exclúyase aquello que claramente no deba restituirse (ropa destrozada, caballería muerta por accidente, etc.), y lo demás restitúyase de la manera más sencilla posible. Y antes que todo, respétese la voluntad de los interesados, consignada *à priori* en las capitulaciones, ó *à posteriori* al tiempo de la restitución. Tal es el espíritu del art. 1372, que estamos comentando.

En resumen, el criterio legal es el siguiente: los bienes muebles que existan se entregan en el estado en que se hallen; respecto á los que se aportaron y faltan, hay que determinar cuáles de ellos deben restituirse, y cuáles no, por afectar su pérdida á la mujer. Sabido así lo que se debe restituir, se hace el abono, en cuanto sea posible, con bienes de la misma clase, ropa por ropa, muebles por muebles, etc., y todo lo que falte, en metálico.

C) *Códigos extranjeros.* — Según los arts. 1566 del código francés y 1411 del de Italia, si los muebles cuya propiedad sea de la mujer hubieren perecido por el uso y sin culpa del marido, éste no estará obligado á devolver nada más que los que queden y en el estado en que se hallen. Sin embargo, la mujer podrá en todo caso tomar la ropa blanca y vestidos de su uso, salvo el descuento de su valor, cuando estas ropas y vestidos

hayan sido constituídas en un principio previa tasación correspondiente.

El Código de Guatemala sienta en su art. 1134 una regla general de restitución.

Los arts. 2006 y 2007 del código de Uruguay concuerdan con el nuestro, pero no contienen la excepción relativa á la sustitución de bienes muebles por otros de la misma clase existentes en la sociedad.

Por último, el código de Méjico se ocupa de esta materia en los arts. 2325 al 2330. Las reglas son enteramente iguales á las del nuestro, pero expresando terminantemente en el 2328 que el valor de los bienes muebles no fungibles que se hubiesen consumido por el uso ó por caso fortuito, no debe restituirse.

ARTÍCULO 1373

En la misma forma designada por el artículo anterior deberá restituirse la parte del crédito dotal, que consista:

1.º En las donaciones matrimoniales hechas legalmente para después de su muerte por el esposo á la esposa, salvo lo dispuesto para el cónyuge que hubiese obrado de mala fe, en el caso de nulidad del matrimonio y en el del art. 1440.

2.º Las indemnizaciones que el marido deba á la mujer con arreglo á este Código.

No existen precedentes legales concretos.

A) *Comentario.*—El art. 1373 se refiere á determinados supuestos de índole excepcional.

Según Goyena, las donaciones é indemnizaciones de que trata dicho artículo forman parte del crédito ó haber dotal, como comprendidas en el art. 1272 del proyecto de Código de 1851, según el cual, la dote también se compone de lo adquirido durante el matrimonio por donación, herencia ó legado.

Nuestro artículo se limitó á copiar; pero en verdad que no

se ve clara la razón. Aunque las indemnizaciones no son bienes aportados como dote, al fin constituyen un crédito que nace á favor de la mujer con ocasión de dicha dote; pero para estimar crédito dotal las donaciones matrimoniales hechas para después de su muerte por el esposo á la esposa, es preciso ahondar más de lo que parece. Desde luego no se trata de nada adquirido por herencia, legado ó donación *durante* el matrimonio, porque estas adquisiciones proceden siempre de terceros, nunca del esposo, y porque debiendo de entregarse la donación matrimonial al morir el marido, no cabe en esa época hablar de dote. Sin embargo, hay algo de cierto en lo que el artículo afirma.

Si el marido en testamento, que es la forma legal, hubiese hecho una donación *mortis causa* en favor de su mujer, como esa donación equivale á un legado y es revocable, no puede decirse que adquiera nada la mujer ni tenga derecho á nada seguro: se tratará de una esperanza sin relación con la dote, que bajo ningún concepto puede considerarse comprendida en el artículo 1373.

Donación *matrimonial* hecha por el *esposo á la esposa* tiene que ser forzosamente una donación *entre vivos*, anterior al matrimonio, otorgada en capitulaciones matrimoniales ó con las formalidades que procedan, según la clase de bienes de que se trate, y, por tanto, irrevocable. En ella dispone el esposo de cierta suma ó de determinados bienes en favor de su esposa, fijando como plazo ó como condición la fecha de su muerte, para el caso, por ejemplo, de que la donataria sobreviva con ó sin descendientes. En tales circunstancias la mujer adquiere un derecho perfecto, ó un derecho condicional, pero siempre de un modo irrevocable, y si se le da carácter de dote, no los bienes, pero sí el derecho, debe estimarse como una parte del crédito dotal que ha de entregarse en su día á la mujer. Bajo este aspecto debe entenderse escrito el precepto.

Las palabras «hechas legalmente» se refieren principalmente á la época en que deben hacerse las donaciones por razón de matrimonio, y más entre esposos, ó sea antes de la unión, aun-

que también exijan que se llenen todos los requisitos legales necesarios para su validez. Por lo demás, se consideren ó no propiamente tales donaciones como crédito dotal, para cumplirlas debe aplicarse el art. 1373, que estamos comentando.

En su consecuencia, y en términos generales, primero se atenderá para el pago á la voluntad ó acuerdo de los interesados; después, á lo pactado expresamente en las capitulaciones matrimoniales, y, por último, á la ley, que ordena el pago en metálico, ó, cuando sea posible y aplicable, en bienes muebles de la misma clase.

Examinaremos con separación cada uno de los dos casos del art. 1373.

I. *Donaciones.*—El artículo parece referirse á las que consisten en bienes muebles. Donada una finca ó un derecho real, se entregará en el estado que se encuentre á la muerte del marido. De todos modos, si los interesados convienen otra cosa de mutuo acuerdo, ha de respetarse su voluntad.

Pero tratándose de bienes muebles, es posible que no existan los que se donaron cuando llegue el momento de disolverse el matrimonio, y para ese caso, con arreglo al art. 1372, no previsto este resultado en las capitulaciones, ni conviniendo en otra solución los interesados, deben entregarse bienes muebles de la misma especie, si los hay, ó abonarse su importe en metálico.

La ley se refiere sólo al caso de muerte, y de muerte del marido, único en que procede cumplir las donaciones de que se trata. De aquí las naturales excepciones que se consignan en el núm. 1.º del mismo artículo que son las siguientes:

1.ª *Nulidad del matrimonio cuando la mujer lo contrajo de mala fe.*—El Código supone en esta excepción que la mujer pierde el derecho á las donaciones que le hubiese otorgado su marido por razón de un matrimonio, que legalmente no ha llegado á existir y sabía la mujer que, no tenía validez alguna.

Esta conclusión no aparece, sin embargo, tan clara en nuestro Código como en el Proyecto de 1851, en el que había un ar-

tículo especial, el 1249, que expresamente establecía esa doctrina.

En nuestro Código parece que el art. 69 se refiere á los efectos de la nulidad del matrimonio con relación á las personas de los cónyuges, y el 72 á los efectos con relación á los bienes, y como en este sólo se impone como pena la pérdida para el cónyuge culpable de su mitad de gananciales, natural sería presumir que ese cónyuge no perdía las donaciones que le hubiese hecho el inocente.

Sin embargo, esta doctrina sólo podía tener como fundamento el texto de dicho art. 72, que es desde luego incompleto. Si el matrimonio nulo no produce, según el art. 69, efectos civiles con relación al cónyuge que obrase de mala fe, las donaciones que se le hubiesen hecho bajo la base de verificarse ese matrimonio, no deben tener existencia legal. Tan penetrados se hallaban los autores del Código de esta doctrina, á pesar de no haberse consignado en el art. 72, que la aplican como indudable, siempre que se trata de un matrimonio nulo contraído de mala fe. Y así se comprende lo dispuesto en el núm. 3.º del artículo 1333, en el que nos ocupa, y en el 1378.

Cuando la mujer contrajo de mala fe un matrimonio que se declara nulo, pierde, por lo tanto, el derecho á cualquier donación que pudiera haberle hecho su esposo por razón de la unión, y no ha lugar á exigir su pago, ni cabe aplicar el art. 1373.

Lo mismo debe entenderse en caso de divorcio, siendo culpable la mujer.

2.ª *Separación de bienes durante el matrimonio.*—El marido no ha muerto; la donación de que se trata no puede aun entregarse. Cuando ocurra la muerte, se pagará la donación. Esto es lo que dispone el art. 1440, y con arreglo á él, indudablemente, aunque se restituya á la mujer su dote en caso de separación de bienes en el matrimonio, no procede aun el pago de las donaciones matrimoniales expresadas en el art. 1373. Se exceptúa el caso de divorcio por culpa de la mujer, en el que no se suspende el derecho á la donación, sino que se pierde.

Cuando la separación de patrimonios se pacta expresamente por los futuros cónyuges, ó se impone por la ley en el caso del art. 50, no hay propiamente dote ni cabe hablar de su restitución. Claro es que los cónyuyes pierden el derecho á las donaciones que se hubiesen hecho en el caso del art. 50; pero la ley no establece esta excepción al lado de las demás, por estarse ocupando de una materia que no es propia del sistema de separación existente en un matrimonio desde su celebración. No existe, pues, en este punto la omisión que algunos autores señalan.

En cambio, la nulidad del matrimonio, aun mediando buena fe, suspende también la ejecución de las donaciones. (Véase el art. 1429.)

II. *Indemnizaciones.*—Las indemnizaciones debidas por el marido á la mujer con arreglo al Código, son principalmente las que procedan de su culpa ó negligencia en la administración de los bienes de la dote inestimada como consecuencia de lo dispuesto en el art. 1360, ó sea importe de los daños ó perjuicios que ocasione el deterioro ó la pérdida material ó jurídica de los bienes de la mujer.

Un aspecto de esta misma cuestión es lo dispuesto, con relación á créditos no cobrados, en el art. 1375.

En segundo término se señalan como indemnizaciones las procedentes de deudas contraídas por el marido antes del matrimonio, y de las multas ó condenas pecuniarias que se le hubieren impuesto, en el caso de haberse pagado con bienes gananciales con arreglo al art. 1410. En efecto: si tales deudas y condenas se pagaron por el marido con sus bienes propios, no cabe indemnización; y si se abonaron con fondos privativos de la mujer, como estos fondos han de restituirse, con ello queda hecha la indemnización; pero si se paga con bienes gananciales, éstos disminuyen, y la mujer sufre un perjuicio por deudas y atenciones del marido, que no son á ella imputables bajo ningún concepto, por lo que debe ser indemnizada. Ahora bien: como esas atenciones sólo pueden cobrarse de los gananciales, cuando

el cónyuge deudor carezca de bienes propios ó fuesen insuficientes, resultará de hecho que sólo motivarán una deducción en el haber que por gananciales pudiera corresponderle, que es lo que verdaderamente dice el art. 1410, lo cual no encaja en la idea de restitución de bienes dotales que informa el art. 1373. Lo mismo puede decirse con relación á lo dispuesto en el art. 1419, sobre indemnización en caso de enajenaciones ilegales ó fraudulentas.

B) *Códigos extranjeros.*—Sólo encontramos como concordante el art. 2331 del Código de Méjico, que se refiere á las indemnizaciones debidas por el marido en los casos en que la ley señala.

ARTÍCULO 1374

Se entregará á la viuda, sin cargo á la dote, el lecho cotidiano con todo lo que lo constituya, y las ropas y vestidos del uso ordinario de la misma.

A) *Precedentes legales.*—Véanse los del art. 1420.

B) *Comentario.*—Este artículo se refiere al régimen dotal. En el de gananciales es sólo un aspecto de la verdad: el lecho cotidiano y los vestidos ordinarios son siempre del cónyuge sobreviviente, fuera ó aparte de su haber por cualquier concepto.

La disposición es también de índole excepcional en esta parte del Código, porque propiamente no se trata de restitución de dote, sino de entrega de algo con completa independencia del haber dotal. Además, solo procede aplicar el art. 1374 cuando vive la mujer, nunca, como veremos, por causas distintas á la disolución por muerte del marido.

El precepto del art. 1374, con independencia del régimen dotal, ó como formando parte del mismo, está reconocido en todas las legislaciones, salvo contadísimas excepciones. Pugna con la justicia, y más aún con las leyes del sentimiento, que al morir el marido, pueda verse privada la mujer, sobre todo si

es pobre, de lecho en que reposar y de vestidos que la cubran, de su propio lecho y de sus vestidos ordinarios. Las leyes de todas las naciones, al disponer que esos vestidos ó ese lecho se dejen ó entreguen siempre á la viuda, se inspiran en un sentimiento de delicadeza digno de todo encomio. Pero como al fin la mujer que lleva dote, tiene de ordinario medios de fortuna, el precepto se presenta más justo y racional cuando se igualan las condiciones de ambos esposos, y se aplica en el régimen de gananciales.

El presente art. 1374 da lugar á varias dudas nacidas de las palabras «viuda y sin cargo á la dote», pues en lo demás no debe haber cuestión.

El lecho cotidiano, con todo lo que le constituya, está formado por la cama misma con ó sin colgaduras ó adornos, según la usaren los cónyuges, los colchones de cualquier clase que se empleasen, y la ropa necesaria de sábanas, almohadas, colchas y mantas que á la misma estuviese destinada. En último término, como dice el Sr. Sánchez Román, estas son circunstancias que se regulan por la costumbre local y la delicadeza de los interesados.

Los vestidos de uso ordinario, como decía Febrero, son aquellos con que la mujer salía diariamente á la calle con decencia, según su clase y la fortuna de su marido, lo cual debe dejarse al prudente arbitrio.

Se trata de cuestiones de puro hecho, dice Goyena, que sólo al Juez toca apreciar, en caso de solicitarse su intervención.

Pero el lecho pertenece con frecuencia á la misma mujer, y podía formar parte de su dote. En este caso, los autores distinguen entre la dote estimada y la inestimada. En la estimada el marido abona la estimación y entrega además el lecho porque así lo ordena la ley. En la inestimada, el marido cumple con entregar á la mujer lo que ya era suyo, sin que pueda obligársele á dar además el valor de otro tanto, porque el artículo habla de un objeto determinado, y sólo quiere que quede siempre en la mujer cuando sobrevive al marido.

Esta doctrina, en lo que á la dote inestimada se refiere, no la encontramos conforme con el texto del art. 1374. El lecho se ha de entregar, *sin cargo á la dote*, y si se da como parte de la misma indudablemente es á cargo de ella. El lecho se separa de los demás bienes, y se entrega con preferencia á todo, puesto que la ley lo declara en todo caso propiedad de la mujer. Si ya era suyo y precisamente en concepto de dote, al eliminarlo ó separarlo sin cargo á esa dote, falta á la mujer un objeto del que se le debe reintegrar en metálico ó en otra forma. Esta solución es, á nuestro juicio, la más legal. Ni hay razón para que, siendo estimada la dote la pague el marido dos veces, y siendo inestimada solo una.

Habla el art. 1374 de la *viuda*, de donde parece deducirse que solo por muerte del marido cabe su aplicación. Lo mismo se desprende del art. 1420. Sin embargo, la nulidad del matrimonio produce, según el art. 72, los mismos efectos que la disolución por muerte, y la separación de bienes durante el matrimonio, motiva, según el 1434, la liquidación de la sociedad de gananciales, y con arreglo al 1365 la restitución de la dote. En estos casos ¿á quién pertenece el lecho cotidiano?

La disposición del art. 1420 sirve para explicar el precepto. Si el lecho ha de pertenecer al cónyuge sobreviviente, cuando los dos vivan no es posible cumplir el precepto legal. Puede quedar alguna duda cuando no rija el sistema de gananciales; pero puesto que el art. 1374 sólo concede el derecho á la viuda y se trata de una disposición de índole excepcional, creemos debe respetarse su texto. En caso de nulidad ó separación de bienes, el lecho se adjudicará á su dueño, ya sea uno ú otro de los esposos ó ya la sociedad, y formará parte de su haber.

Por lo mismo no cabe discutir si, en caso de nulidad del matrimonio con mala fe por parte de la mujer, debe perder el derecho concedido en el art. 1374. Si este pudiese aplicarse al supuesto de nulidad, no produciendo respecto á la mujer efectos civiles el matrimonio, no tendría opción al beneficio de que se trata. No siendo aplicable, no hay cuestión.

La presunción de muerte equivale á la muerte, á los efectos del art. 1374.

C.) *Códigos estranjeros.*—Con relación al régimen dotal, sólo encontramos como concordante el art. 2339 del Código de Méjico. (Véase el art. 1420 de nuestro Código.)

ARTÍCULO 1375

Se entregarán los créditos ó derechos aportados en dote inestimada, ó cedidos con este carácter, en el estado en que se hallen al disolverse el matrimonio, á no ser que, por negligencia del marido, se hubieran dejado de cobrar ó se hubieran hecho incobrables, en cuyo caso tendrá la mujer y sus herederos el derecho de exigir su importe.

A) *Precedentes legales.*—Según la ley 15, tít. 11, Partida 4.ª, puede la dote consistir en créditos á favor de la mujer. En este caso, si los créditos se cobraban por el marido durante el matrimonio, debía restituir su importe deducidos gastos de cobranza. No cobrándose, había de distinguirse. Si el marido obró con la debida diligencia, cumplía con restituir los créditos; si éstos se perdieron en todo ó en parte por su culpa, la regla general era la indemnización á la mujer del perjuicio que se le causaba; pero se imponía el daño ó peligro á la mujer cuando no podía apremiarse para el pago al deudor por la naturaleza de la deuda, ó cuando se trataba de créditos contra los padres ó abuelos, «porque los fijos é los yernos non deuen apremiar á sus padres nin á sus suegros, assi como á otros extraños».

B) *Comentario.*—Vuelve á ocuparse el art. 1375 de casos normales de restitución, aunque con relación á bienes determinados, créditos y derechos de la dote inestimada.

La palabra derechos tiene en este artículo una significación limitada, pues han de consistir en la facultad de exigir cierta cantidad, ya que la ley regula la restitución por el hecho de haberse ó no cobrado, y de resultar ó no incobrables. Sin em-

bargo, aun siendo éste el terreno propio del artículo, no hay inconveniente en darle alguna más amplitud.

En la dote estimada esos créditos ó derechos no merecen regla especial. Aun en la inestimada, el art. 1375 es sólo una repetición de principios ya conocidos. Los créditos ó derechos se restituyen en el estado en que se encuentren. La mujer ó sus herederos seguirán percibiendo los intereses, si se devengan, y exigirán de los deudores el pago de los créditos ó derechos cuando sea procedente. Si por culpa ó negligencia del marido resultaren incobrables, justo es que éste ó sus herederos abonen su importe á la mujer ó á los suyos. Si se hubieren dejado de cobrar oportunamente por igual motivo, el Código impone la misma solución. En el derecho antiguo se limitaba la indemnización al perjuicio sufrido por el abandono del marido, que podía ser insignificante; pero el Código ha creído preferible que la mujer cobre del marido ó sus herederos el importe total, y que dicho marido se encargue después, de cobrar si puede y sufra los perjuicios, gastos y molestias consiguientes á su negligencia. El resultado es el mismo; pero se realiza de un modo más natural y sencillo, no proporcionando á la mujer quebranto alguno, como resultaría de la obligación previa por su parte de dirigirse contra los deudores para obtener, á ser posible, el cobro, y pedir después al marido ó sus herederos la correspondiente indemnización.

Cuando la dote consiste en el derecho á una renta ó pensión, ó á créditos pagaderos en cierto número de años, véanse los artículos 1402 y 1403.

Si se trata de un censo, aportado por la mujer en concepto de dote, se restituye el derecho al capital; pues las pensiones pertenecen al marido ó á la sociedad de gananciales. En este caso, como en el de rentas procedentes de arrendamientos y otros análogos, el art. 1375 no es aplicable, porque esas rentas ó pensiones no pertenecen privativamente á la mujer.

C) *Códigos extranjeros.*—Desarrolla el código de Méjico, en sus arts. 2334 al 2338, un sistema parecido al de las Partidas en

lo relativo á la dote consistente en créditos; pues la responsabilidad del marido se limita al importe del perjuicio, y se excluye el caso de ser los deudores el padre ó la madre. Cuando al constituirse la dote se comprendieran en ella créditos de cobro dudoso ó difícil, estimándolos en un precio menor que el nominal, si el marido respondió de éste, debe restituirlo, cualquiera que haya sido la suerte de los créditos.

Los arts. 2008 del código de Uruguay; 1412 del de Italia, y 1567 del de Suecia, sólo aluden al caso de obrar el marido sin negligencia, cumpliendo con devolver los títulos ó documentos correspondientes.

El 1161 del código de Portugal guarda más relación con el nuestro.

ARTÍCULO 1376

Cuando haya de hacerse la restitución de dos ó más dotes á un mismo tiempo, se pagará cada una con los bienes que existan de su respectiva procedencia, y, en su defecto, si no alcanzase el caudal inventariado para cubrir las dos, se atenderá para su pago á la prioridad de tiempo.

A) *Precedentes legales.*—Ley 33, tít. 13, Partida 5.ª. «Pero si un ome ouiese habido dos mujeres, é fuessen amas muertas, entonce, la dote que deuiesse á dar á la primera mujer, deue ser pagada primeramente á sus fijos, que la deuen auer. E despues á la segunda mujer, porque estos debdos son de vna natura. Mas si en los bienes del marido fuessen falladas algunas cosas que fuessen primeramente de la segunda mujer, estas atales, en saluo deuen fincar á ella ó á sus herederos».

B) *Comentario.*—El precepto de este artículo necesita poca explicación.

Dentro de la anormalidad de las segundas nupcias, el supuesto del art. 1376 es más frecuente de lo que pudiera creerse.

Los bienes dotales han de restituirse del mismo modo cuando

se trata de dos dotes que cuando se trata de una. Lo único procedente, y así lo establece el legislador, es atender primero al pago de la dote más antigua, y como consecuencia natural, que si faltan fondos ó bienes, el perjuicio recaiga en el crédito más moderno.

La ley atiende al caso normal de tratarse de créditos de igual naturaleza. Si la segunda mujer, ó sus legítimos representantes, cuidaron de que se asegurase cumplidamente con hipoteca legal la restitución, y la primera mujer no, resultará lo contrario de lo que el legislador dispone en el caso del art. 1376, pero será por culpa de los mismos interesados. No debe olvidarse que la hipoteca para ser válida ha de hallarse inscrita.

Del mismo modo ha de tenerse presente, porque es esencialísimo, que la mujer conserva el dominio en los bienes de la dote inestimada, por lo que aquellos que existan han de ser entregados á su respectiva dueña ó á sus herederos, pudiendo también así producirse un resultado contrario á lo dispuesto en el artículo. Pero ya lo hemos dicho; la ley se refiere al caso de tratarse de créditos de igual naturaleza ó de darse idénticas condiciones en ambas dotes.

C) *Códigos extranjeros.*—Concuerda este artículo con el 2240 del código de Méjico, que, sin embargo, preve el caso de existir hipoteca legal.

ARTÍCULO 1377

Para la liquidación y restitución de la dote inestimada se deducirán, si hubiesen sido pagadas por el marido:

1.º El importe de las costas y gastos sufragados para su cobranza y defensa.

2.º Las deudas y obligaciones inherentes ó afectas á la dote, que, con arreglo á las capitulaciones matrimoniales ó á lo dispuesto en este Código, no sean del cargo de la sociedad de gananciales.

3.º Las cantidades que sean de la responsabilidad

peculiar de la mujer, con arreglo á lo dispuesto en este Código.

ARTÍCULO 1378

Al restituir la dote se abonarán al marido las donaciones matrimoniales que legalmente le hubiese hecho su mujer, salvo lo dispuesto por este Código para el caso de separación de bienes ó para el de nulidad de matrimonio en que haya habido mala fe por parte de uno de los cónyuges.

A) *Precedentes legales.*—El precepto del art. 1377 está tomado del derecho romano, ley 5.ª, tít. 1.º, libro 25 del Digesto.

B) *Comentario.*—Los arts. 1377 y 1378 establecen reglas para la liquidación de la dote inestimada; liquidación que debe preceder á la restitución misma. Se trata de ésta, y aun se fijan ciertas reglas de liquidación en los artículos anteriores. Conócese ya el *haber* de la mujer consistente en los bienes y derechos que aportó como dote, incluso lo que proceda por indemnizaciones debidas por el marido ú otra causa. Los artículos de este comentario tratan del *debe,* de lo que es deducible en la cuenta antes de llevar á efecto la restitución.

Los expresados artículos separan dos grupos, completamente distintos, expresivos de causas diversas de abono al marido ó sus herederos, ó de deducciones del haber dotal. En el primero se trata de cantidades á cargo de la mujer suplidas por el marido: se deben á éste, porque antes ha pagado. En el segundo, se trata de liberalidades de la mujer que han de ser cumplidas, traduciéndose el cumplimiento en una especie de compensación que disminuye el crédito dotal, dispensando en parte su restitución.

Primer grupo. Art. 1377.—Supone dicho artículo que los gastos y cantidades á que se refiere, han sido pagados por el marido.

Sin embargo, esos gastos son siempre de cargo de la mujer. Si se hubieran satisfecho con fondos de la mujer, procedentes de

sus parafernales, no cabría deducción alguna de la dote. Si legalmente se hubieren pagado con los mismos bienes dotales, la dote habría quedado reducida, debiendo devolverse sólo lo que quedase (véase el art. 1350). Pagando con bienes gananciales, se aplicará lo dispuesto en el art. 1419. Si paga el marido con sus bienes propios, rige en absoluto el precepto del 1377, y los gastos y atenciones de que se trata se deducen de la dote y se abonan al esposo como legítimo acreedor.

Los gastos y atenciones expresados en dicho artículo son los siguientes:

1.º El importe de los gastos y costas sufragados para la cobranza y defensa de la dote.

Se refiere á gastos especiales, no comprendidos en el artículo 1368, cuya esfera de acción es distinta, y sobre los cuales existe un precepto que determinadamente prescribe que son deducibles de la dote y abonables al marido. No puede olvidarse, sin embargo, lo preceptuado en el art. 512, ya porque así procede con arreglo al 1357, ya porque los gastos y condenas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo de los bienes dotales, incumben al usufructuario, sea el marido ó la sociedad, ya, en fin, porque se habla en el 1377 de gastos y costas sufragadas para la cobranza y defensa de la dote, que, propiamente, son distintos de los que se refieren sola y exclusivamente al disfrute, aunque interesen también al usufructuario.

Gastos y costas representan dos términos, que pueden, sin dificultad, aplicarse, el primero á lo pagado extrajudicialmente, y el segundo á los gastos procedentes de pleitos ó cuestiones judiciales.

La cobranza de la dote puede exigir desembolsos de una y otra clase, ya para obtener el pago de créditos dotales, ó el reconocimiento de un censo, ó la entrega de un inmueble, restitución de alhajas sustraídas, etc.

La defensa de la dote envuelve todos los actos necesarios para conservar su propiedad á la mujer, para evitar su pérdida ó desmerecimiento. Puesto que el marido es responsable en caso

de culpa ó negligencia, nada más natural que si obra con celo y actividad, y la defensa de los bienes le ocasionan gastos que no son á él imputables, le sean debidamente reintegrados, teniéndose en cuenta cuando llega el caso de la restitución de la dote.

En general, el precepto no ofrece dificultad. Sólo puede haberla cuando se trate de gastos especiales relacionados con el usufructo; pero el precepto del art. 1377 debe sobreponerse en caso de duda al del 512. En cuestiones sobre los frutos, la mujer no debe pagar nada. En cuestiones sobre la posesión, como, por ejemplo, los interdictos, no cabe duda de que se defiende la dote, y por tanto, de que los gastos son imputables á la mujer.

2.° Las deudas ú obligaciones inherentes ó afectas á la dote, que, con arreglo á las capitulaciones matrimoniales ó á lo dispuesto en el Código, no sean de cargo de la sociedad de gananciales.

3.° Las cantidades que sean de la responsabilidad peculiar de la mujer en virtud de diversas disposiciones del mismo Código.

Fácil es alguna confusión al querer separar en dos grupos las atenciones á que estos dos números del art. 1377 aluden. Se ve, no obstante, que el primero se relaciona directamente con la misma dote, y el segundo se refiere á otras responsabilidades de la mujer que no afectan directamente á los bienes dotales, pero que deben deducirse de la misma si no se pagasen con bienes parafernales, porque el marido convertido en acreedor no es justo que pierda lo que adelantó.

Aparte, pues, lo expresamente pactado en capitulaciones matrimoniales que debe siempre respetarse como ley del contrato, son deudas ú obligaciones inherentes ó afectas á la dote:

a) El importe de las reparaciones extraordinarias hechas en los bienes dotales, de las contribuciones impuestas á la propiedad, y demás cargas inherentes á la nuda propiedad de dichos bienes, con arreglo á los preceptos generales relativos al usufructo.

b) El importe de las expensas y mejoras, debidas al marido, con arreglo al art. 1368, como poseedor de buena fe.

c) Lo pagado en virtud de la responsabilidad especial de la dote por gastos diarios usuales de la familia, en el caso del artículo 1362.

d) El importe de las cargas que afecten á las donaciones onerosas que formen parte de la dote, según se expresa en el artículo 1399.

e) El pago de deudas de la mujer (no el de sus réditos) cuando estuviesen aseguradas con prenda, hipoteca ó anticresis de bienes dotales, el de las cantidades satisfechas en virtud de retracto voluntario ó legal perteneciente á la mujer por su dote, abono de diferencia en el valor de bienes permutados, pago de impuesto de derechos reales, papel sellado y honorarios en escrituras ó documentos que interesan á la misma mujer por razón de los mismos bienes, etc.

Son deudas ú obligaciones extrañas á la dote, pero de la responsabilidad de la mujer, según otras disposiciones del Código:

a) El importe de la dote constituída á las hijas, cuando se abona por el marido y es de la responsabilidad de la mujer, como si ella sola constituye la dote ó debe pagarla por mitad ó proporcionalmente con sus bienes propios, según lo expuesto con relación á los arts. 1340 y 1343.

b) Lo pagado por deudas de la mujer anteriores al matrimonio (art. 1410).

c) Lo abonado á consecuencia de multas ó condenas impuestas á la mujer (art. 1410).

d) Cualquiera otra cantidad satisfecha por el marido por obligaciones peculiares de la mujer no inherentes á la dote.

Segundo grupo. Art. 1378.—Con relación á este artículo nos remitimos al comentario del 1373. En éste se trataba de las donaciones hechas por el esposo á la esposa, por razón de su matrimonio, para después de la muerte del donante. En el 1378, se trata también de donaciones matrimoniales hechas legalmente antes de la unión, por la esposa para después de su muerte en

favor del esposo. Por eso allí se hablaba de la manera de verificar el pago los herederos del marido, y aquí del abono que debe hacerse al marido por los herederos de la mujer al tiempo de la restitución de la dote.

Las excepciones para este abono son también las mismas que indica el art. 1373: nulidad de matrimonio celebrado con mala fe por parte del marido; y separación de bienes impuesta durante el matrimonio.

En el primer caso, el marido pierde el derecho á la donación que se le hizo, y no procede su abono ni al declararse nulo el matrimonio ni al morir la mujer.

En el segundo, se suspende el abono de la donación hasta que llegue el momento fijado para su cumplimiento ó ejecución, que es el de la muerte de la donante.

Debe exceptuarse de este caso, y comprenderse más propiamente en el primero, la separación de bienes impuesta por divorcio, cuando fué el marido el cónyuge culpable.

C) *Códigos extranjeros.*—Los arts. 1377 y 1378 concuerdan con los 2341 y 2342 del código de Méjico, y 2009 y 2010 del de Uruguay.

ARTÍCULO 1379

Si el matrimonio se disuelve por el fallecimiento de la mujer, los intereses ó los frutos de la dote que deba restituirse correrán á favor de sus herederos desde el día de la disolución del matrimonio.

Si el matrimonio se disuelve por muerte del marido, podrá la mujer optar entre exigir durante un año los intereses ó frutos de la dote, ó que se le den alimentos del caudal que constituya la herencia del marido. En todo caso se pagarán á la viuda, del caudal de la herencia, los vestidos de luto.

ARTÍCULO 1380

Disuelto el matrimonio, se prorratearán los frutos ó rentas pendientes entre el cónyuge supérstite y los

herederos del premuerto, conforme á las reglas establecidas para el caso de cesar el usufructo.

A) *Precedentes legales.*—No insertamos en este lugar la ley 10.ª, tít. 4.º, libro 3.º del Fuero Real, porque propiamente no se refiere á la dote, y tiene su aplicación en el sistema de gananciales.

La doctrina de las Partidas era la siguiente:

Ley 18, tít. 11, Partida 4.ª: «Los frutos é la pro que viniesse por razon dellos, los deue auer el marido para mantener el casamiento.»

Ley 28, tít. 11, Partida 4.ª: «Desfrutan los esposos á las vegadas, ante de las bodas, las dotes que les dan las esposas, é los frutos que desta manera resciben non los ganan ellos, mas acrescen á la dote, porque deuen ser ayuntados con ella é contado con ella. E como quier que despues que han fecho las bodas deuen ser en poder del marido tales frutos como estos en vno con la dote, é los deue desfrutar para sostener el matrimonio, con todo esso, si se departiera el casamiento, en saluo fincan á la muger...»

Ley 26, tít. 11, Partida 4.ª: «E porque podria acaescer duda sobre los frutos de la dote que es dada al marido, sin apreciamiento, cuyos deuen ser, los de aquel año en que se departe el matrimonio, queremoslo aqui mostrar. E dezimos que los deuen de partir desta manera: que deue el marido tomar tanta parte de los frutos de la dote del postrimero año, quantos meses é quantas semanas duró el matrimonio en aquel año; é todos los otros deue fincar en saluo á la muger é á sus herederos, si se ella finasse, sacadas las despensas daquel año que fizo el marido en labrar la cosa que le era dada en dote. E este año se deue comenzar á contar desde el dia que se cumplió el matrimonio por palabra de presente, é fué entregada la dote al marido quando acaesciesse que en aquel mismo año que fuera fecho el casamiento se departiesse. E la parte sobredicha que diximos que deue auer el marido fasta el dia que fué departido el matrimo-

nio, entiéndese también de los frutos que fuessen ya cogidos al dia del diuorcio, como los que fincasen por coger adelante en ese mismo año. Esso mismo seria si fuesse la dote de tal natura, que lleuasse dos vegadas en el año fruto; ó si fuesse atal que en tres años non diesse mas de un fruto.»

B) *Comentario.*—En el régimen dotal, los frutos de los bienes dotales pertenecen al marido durante el matrimonio. En el sistema de gananciales, pertenecen durante el mismo período á la sociedad legal.

No hay, por lo tanto, que ocuparse de los frutos ó rentas de la dote en el tiempo en que existe la sociedad conyugal más que para determinar lo que debe entenderse fruto y lo que debe considerarse capital, materia de la que ya nos hemos ocupado al resolver varios casos dudosos, y para cuyo esclarecimiento completo deben consultarse los preceptos del Código relativos al usufructo, y los que tratan de bienes privativos de los cónyuges y bienes gananciales.

Prescindiendo, pues, de los frutos percibidos durante el matrimonio, necesario es determinar las reglas relativas á los frutos percibidos con anterioridad, los pendientes al celebrarse la unión, los pendientes al tiempo de la restitución de la dote y los posteriores á la terminación de la sociedad conyugal.

I. *Frutos y rentas anteriores á la celebración del matrimonio.*—El Código no ha estimado necesario ocuparse de este supuesto, porque la regla es tan natural y sencilla, que puede decirse que no hace falta su expresión.

La dote no produce sus propios efectos hasta que se celebra el matrimonio. Antes no pueden alegar derecho alguno á sus frutos ni el marido ni la sociedad de gananciales. Los frutos pertenecen, naturalmente, al dueño, usufructuario ó poseedor de los bienes, sea la misma mujer ó el donante. Si, pues, la dote se constituyó con bastante anterioridad al matrimonio, y el esposo percibió después de él algunos frutos naturales é industriales, ó algunas rentas, lo que es más probable, deberá unos ú otros á su legítimo propietario, y si éste era la mujer, y no

se le entregaron ó reintegraron oportunamente, debe su importe incluirse en la liquidación necesaria para la restitución de la dote, como crédito á favor de la mujer ó de sus herederos. Ha de aceptarse, por tanto, el criterio de la ley 28, tít. 11, Partida 4.ª

II. *Frutos y rentas de la dote pendientes al tiempo de celebrarse el matrimonio.*—De este supuesto nos hemos ocupado en el comentario del art. 1357. Basta aplicar el precepto del 472 respecto á los frutos naturales é industriales, en la parte de que tratamos, y el 474 respecto á los frutos civiles.

III. *Frutos y rentas pendientes á la disolución del matrimonio.*—Á este caso se refiere el art. 1380, cuyos términos parecen algo confusos.

Al cesar el usufructo, los frutos naturales ó industriales pendientes pertenecen, según el art. 472, al propietario, aunque con la obligación de abonar al usufructuario los gastos de cultivo, simiente ú otros semejantes. Los frutos civiles se entienden siempre percibidos día por día, según el art. 474, y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que duró el usufructo. No hay, pues, prorrateo alguno respecto á frutos naturales ó industriales, en las disposiciones del Código relativas al usufructo.

El art. 1380 permite dos interpretaciones. O quiere que se apliquen las reglas establecidas para el caso de extinguirse el usufructo, como expresa su final, ó quiere que se prorrateen todos los frutos y rentas, como expresa su principio. Lo primero no es admisible, porque en el solo hecho de dedicar el legislador un artículo á la materia de frutos pendientes, indica que algo especial quiere establecer, ya que de un usufructo se trata, y en su silencio, dado el art. 1357, se aplicarían las reglas generales; y además, porque no es posible prescindir de las palabras «se prorratearán entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto», tanto las rentas como los frutos.

La segunda interpretación ha de prevalecer, en nuestra opinión, y para hacerla viable, preciso es suponer que el ar-

tículo 1380 impone el prorrateo para los frutos y para las rentas, conforme á las reglas establecidas *con relación á los frutos civiles* para el caso de cesar el usufructo.

El art. 1380 solo puede referirse á la dote inestimada. En la estimada, el dominio de los bienes y por tanto sus frutos, siguen perteneciendo al marido, quien podrá deber intereses si no restituye en seguida su valor, más no tiene obligación de abonar frutos.

Tratándose de dote inestimada, deben aplicarse los artículos 473 al 475.

En los frutos civiles no hay dificultad. A los efectos del artículo 1380, son pendientes de una á otra percepción normal de los mismos. Si se trata de rentas ó intereses que se pagan por años, el contrato respectivo marcará la época ó el día que vence. Se debe pagar, por ejemplo, en 15 de Agosto, y el matrimonio se disuelve en 30 de Abril por muerte del marido. Corresponderá á la mujer la renta ó interés de tres meses y medio, y el resto á los herederos del marido. Si pues el marido había percibido adelantado el importe, sus herederos deberán á la mujer la parte proporcional que le corresponde; si se cobra por la mujer el día señalado (15 de Agosto), debe abonar su parte á los herederos del marido.

Los plazos de percepción y el origen de los frutos civiles, pueden ser muy variables: de aquí que, como dijimos en su lugar, pueda establecerse como aplicable á todos los casos, la proporción siguiente: Total de la renta, frutos, intereses, beneficios, etc., es al total de días del plazo á que corresponde esa renta ó ese beneficio, como X (frutos civiles que debe percibir el usufructuario ó el propietario) es á la duración del usufructo, ó sea de la sociedad conyugal dentro de ese plazo.

En nuestro Código, legalmente no existen frutos naturales ó industriales, según el art. 357, mientras no estén manifiestos ó nacidos. Si pues la palabra frutos pendientes se usa en el artículo 1380 en sentido legal, hasta tanto que aparezan ó estén manifiestos, el marido ó sus herederos, ó en su caso la sociedad

de gananciales, sólo tienen derecho al abono de los gastos de cultivo, simientes ú otros semejantes, y con esa deducción, cuando haya frutos y se perciban, corresponden á la mujer ó sus herederos, aplicándose el art. 1379.

Cuando al disolverse el matrimonio haya verdaderos frutos naturales ó industriales pendientes, hay que prorrotearlos entre el cónyugue supérstite y los herederos del premuerto, y á falta de toda regla en el art. 1380 y en la materia del usufructo, habrá que aplicar la establecida en el art. 474, para los frutos civiles, tomando como bases la época de la percepción de los frutos, el período á que corresponden y la duración del usufructo dentro de ese período.

Se trata de un monte que solo produce utilidades cada diez años, por ejemplo. El producto ó madera se recoje dos años después de la muerte del marido, y asciende á 10.000 pesetas. Según la proporción antes indicada, corresponderán 8.000 pesetas á los herederos del marido, y 2.000 á la mujer.

Muere el marido en Febrero, y se recoje el grano en Junio. Hay que abonar á los herederos del marido la parte proporcional que les corresponda hasta el día de su muerte, dentro del año á que corresponde el fruto.

Si la regla resulta variable en relación á cada fruto, lo mismo ocurre respecto á los frutos civiles, en los cuales no puede la ley referirse á la duración en abstracto del usufructo para establecer el prorrateo ó proporción, sino á la duración del usufructo dentro del plazo á que cada fruto corresponde.

El Código civil italiano, á semejanza de las Partidas y del proyecto de código de 1851, determina en su art. 1416, que los frutos se dividan entre un cónyuge y los herederos del otro, proporcionalmente á la duración del matrimonio en el último año. El año se computa desde el día en que se celebró el matrimonio. De modo que, en los casos normales, si el matrimonio se celebró en 1.° de Junio y se disolvió por muerte de la mujer en 1.° de Enero, se hace un cuerpo de todos los frutos naturales, industriales ó civiles de los bienes dotales, producidos desde 1.°

de Junio del año anterior al fallecimiento hasta el 31 de Mayo del año siguiente, y se abona al marido lo que corresponda á siete meses y á los herederos de la mujer el resto, sin distinguir si todos esos frutos merecen ó no legalmente el concepto de pendientes. La regla es sin duda sencilla y uniforme, pero no puede armonizarse fácilmente con lo dispuesto en nuestro artículo 1380.

El proyecto de Código de 1851, añadía: «Si los frutos no estuviesen manifiestos ó nacidos, la mujer abonará al marido ó sus herederos los gastos de cultivo».

Expuesta queda nuestra opinión. Hay, sin embargo, que reconocer, que en punto tan importante como el de que tratamos, sobre todo para la liquidación de la sociedad de ganaciales, sería conveniente que nos diese el Código una regla más clara que la del art. 1380.

Como complemento, deben tenerse presente las reglas siguientes:

a) Cuando rija el sistema de gananciales, la parte de frutos pendientes asignada al marido en el régimen dotal, se aplicará á la sociedad de gananciales.

b) En todo caso, han de tenerse en cuenta los gastos de cultivo, simientes ú otros semejantes, para que sirvan de abono á quien los hubiese satisfecho.

c) En caso de proceder la restitución en virtud de nulidad del matrimonio, ó de separación de bienes impuesta durante la unión, la determinación de los frutos pendientes debe hacerse atendiendo á la fecha de la demanda, y no á la de la declaración correspondiente, que puede ser muy posterior.

IV. *Frutos y rentas posteriores á la disolución del matrimonio.*— Se trata de los frutos ó rentas de la dote inestimada, percibidos después de la disolución del matrimonio ó del hecho que ocasione la restitución, y no pendientes en ese momento.

Como expresa Fiore, se halla universalmente reconocido el principio de que los frutos ó intereses de la dote percibidos durante el matrimonio, no deben ser restituídos; constituyen un

beneficio para el marido, un equivalente de las cargas que sobre él pesan con la celebración de la unión; pero una vez disuelto el vínculo conyugal, pertenecen á la mujer ó á sus herederos, y corren de derecho, desde el día de la disolución, á su favor.

El art. 1379 dicta la regla procedente, y si bien distingue el caso de la muerte del marido del de la muerte de la mujer, es sólo al efecto de conceder á ésta un derecho de opción especial, como vamos á exponer.

1.º *Muerte de la mujer.*—Pertenecen en este caso á sus herederos tanto los frutos naturales, industriales ó civiles de los bienes dotales inestimados, como los intereses del precio ó valor de la dote estimada, á partir desde la disolución del matrimonio, y hasta el día en que se verifique la entrega ó restitución.

Si los bienes siguen en poder del marido, aunque éste continúe percibiendo los frutos, le serán exigibles por los herederos de la mujer. El marido en la dote inestimada, sólo debe, sin embargo, los frutos que realmente produzcan dichos bienes; si hay entre ellos cosas infructíferas, no hay que abonar intereses por su valor, pues la ley únicamente reconoce á favor de los herederos de la mujer, como dueños de dichos bienes, el derecho á los frutos ó intereses que produzcan con posterioridad á la disolución del matrimonio, por considerar que cesa el usufructo á favor del marido ó de la sociedad. Verificando inmediamente la restitución, la regla es la misma, pero el marido queda libre de toda responsabilidad.

Cuando los herederos de la mujer son los hijos de la unión disuelta y quedan en la menor edad, procede desde luego la restitución del capital de la dote, á cuyo efecto debe nombrárseles un defensor judicial, por ser sus intereses, como acreedores, contrarios á los de su padre, obligado á restituir; pero los frutos ó intereses de la dote siguen perteneciendo al padre ó marido, como legal administrador y usufructuario de los bienes de sus hijos. En este caso, por consiguiente, el art. 1379 sufre una modificación, pues aunque el marido siga percibiendo los frutos,

no tiene que dar cuenta á nadie de su inversión, extinguiéndose por confusión su deber de restituirlos.

2.° *Muerte del marido.*—La mujer en este caso puede optar entre exigir durante un año los intereses ó frutos de la dote, ó que se le den alimentos del caudal que constituya la herencia del marido.

En el sistema de gananciales, corresponde á lo dispuesto en este artículo, el 1430.

A la mujer se le concede la facultad de elegir cualquiera de los dos derechos expresados. Elegido el de percibir los frutos ó intereses de su dote, se tendrá presente, con relación á los herederos del marido, lo expresado anteriormente. Elegido el de que se le den alimentos, habrá de renunciar á los frutos ó intereses durante el año, pues la ley no le concede dos derechos, sino uno solo: puede elegir á su arbitrio, más no reunir los dos, teniendo también presente en su caso lo que ordena el art. 1430.

En la dote estimada, á los bienes sustituye un crédito contra los herederos del marido que devenga intereses á partir de la disolución del matrimonio, como frutos del capital que desde ese momento pertenecen á la mujer, sin que se pueda obligar á dichos herederos á la entrega del capital hasta que transcurra un año. Aquí se presenta clara la relación establecida en el artículo 1379 entre el derecho á los alimentos durante un año, ó los intereses de ese año.

Como en la dote inestimada no se ve tan clara esa relación, algunos comentaristas italianos, interpretando el art. 1415 del código de Italia, igual al nuestro, sostienen que sólo es aplicable á la dote estimada ó de cantidad; pero no es posible entenderlo así, pues el precepto es general: en su letra la palabra frutos sólo á la dote inestimada puede referirse, y en su espíritu no cabe la exclusión que se pretende. Además, del principio de que los bienes dotales inestimados, no consistentes en dinero, valores públicos ó bienes fungibles, deben restituirse inmediatamente en cuanto existan, sólo se deduce la facultad en la mujer de exigir esa inmediata restitución, más nunca que no pueda

dejar de hacerlo, y mucho menos que no pueda renunciar ese derecho durante un año para conseguir el de alimentos que, expresamente y á su elección como alternativo, le concede la ley.

Cuando la mujer aportó bienes dotales, le corresponde en todo caso el derecho concedido en el art. 1379, sean los que fueren sus medios de fortuna, ó los derechos que pueda tener en la herencia de su marido, siempre naturalmente que no sea ella misma la única heredera, porque entonces todo le pertenece. Si no medió dote, sólo se aplicará el art. 1430, que si bien concede á ambos cónyuyes el derecho á alimentos hasta tanto que se liquide la sociedad conyugal y se les entregue su haber, es á condición de que el importe de los alimentos se les rebaje luego del mismo haber, en la parte en que excedan de lo que les hubiere correspondido por razón de frutos ó rentas.

De común acuerdo se fijarán las bases para la alimentación en su caso, y si se suscitase cuestión, resolverán los Tribunales.

La mujer puede escoger durante el año que se le concede, á partir de la disolución del matrimonio, y si elige que se le den alimentos, este deber, según la opinión de Fiore, nace sólo desde el momento de la elección, y sólo dura hasta la terminación del año. Si exige al principio la entrega de sus bienes dotales, este hecho equivale á escoger los frutos y rentas, y no puede después pedir los alimentos, y si pidió éstos, en principio tampoco cabe luego arrepentirse, á no mediar circunstancias excepcionales que puedan aconsejar otra solución.

Según los principios generales sobre el deber de alimentar, los obligados á cumplirlo pueden hacerlo, ya teniendo á la mujer en su compañía, ya satisfaciendo determinada renta para su habitación, vestido y subsistencia. Otros códigos, aparte los alimentos, dan siempre á la mujer el derecho de habitación, «no debiendo, se dice, consentirse, que la mujer en cuanto queda viuda, se vea precisada, contra el mismo decoro de la familia á que pertenece y en los momentos más críticos de su dolor, á salir, como una extraña, de la casa marital». En nuestro Código el

derecho de habitación va incluído en el de los alimentos que puede escoger la mujer, pero como el cumplimiento del deber de alimentar por parte de los herederos del marido, no les obliga á dejar que siga viviendo la viuda en la casa del que fué su marido, cabe en casos que desde luego deben mirarse como anormales, que dichos herederos arrojen ó intenten arrojar á la mujer de esa casa, espectáculo indigno al que debía proveerse con alguna disposición que lo hiciera imposible durante cierto período.

El derecho de opción concedido en el art. 1379, sólo procede en caso de muerte del marido; no puede pretenderse en caso de nulidad ó de separación de patrimonios.

Vestidos de luto.—El derecho á los vestidos de luto se concede en el art. 1379 únicamente á la viuda, pero se le concede en todo caso y con completa independencia de los frutos ó alimentos que, á su arbitrio, le puedan corresponder. Los vestidos de luto de la viuda se pagan de la herencia del marido, sin cargo, naturalmente, á la dote, y deben ser proporcionados á la clase y fortuna de dicho marido. Según un proverbio francés, la mujer no debe llorar á su marido á su propia costa.

En el régimen de gananciales, véase el art. 1427.

C) *Códigos extranjeros.—Art. 1379.*—Concuerda con los 1415 del código de Italia y 1570 del código francés. En ambos se concede con independencia el derecho de habitación á la viuda.

Art. 1380. La doctrina del art. 1416 del Código italiano aparece aceptada en el 1571 del de Francia, 1162 del de Portugal y 2343 y 2344, en relación con el 2146, del de Méjico.

LA DOTE EN EL DERECHO FORAL

I.—*Cataluña.*

La dote en Cataluña tiene el mismo concepto que en Castilla, y se rige, con algunas modificaciones, por los preceptos del derecho romano, copiado en las Partidas y consignado, por tanto, en los precedentes legales de los artículos del Código sobre

la materia, preceptos que actualmente se hallan alterados por los de la ley Hipotecaria.

En general, pueden aplicarse sin dificultad las disposiciones del derecho común, y así se observa que en el proyecto de Apéndice al Código civil para Cataluña no se mantiene especialidad alguna relativa á la dote. Sin embargo, autores catalanes aferrados á las instituciones propias de su región, anhelan una transacción especialísima, que consiste en aceptar el derecho común en todo lo que es igual al derecho de Cataluña ó no está bien determinado en él, y mantener cuanto es distinto ó diferente y constituye una verdadera especialidad.

Con decir que los principios en que se funda la dote catalana son los del derecho romano, más ó menos mezclados con los del derecho canónico, dicho se está que su condición es más privilegiada que en Castilla. Si las leyes especiales de Cataluña han añadido á la obra algún material, ha sido para acentuar más los privilegios inherentes á la dote.

Las especialidades de la dote catalana se refieren, unas á las personas que pueden dotar ó ser dotadas, otras al tiempo de la constitución, otras á su cuantía, otras á los requisitos necesarios para su enajenación, y otras á los privilegios concedidos á la mujer para conseguir el cobro ó restitución.

La dote en Cataluña recibió en un principio el nombre de *axobar*, que quiere decir ayuda.

Se conocen las distinciones establecidas para la dote, clasificándola en voluntaria y necesaria, profecticia y adventicia, entregada, prometida y confesada, estimada, *venditionis* ó *taxationis causa*, é inestimada, etc.

Estaban obligados á dotar los padres, los abuelos, curadores, etc., según el sistema de las Partidas, y la madre, mediando causa importante, como en el caso de ser pobre el padre, ó como pena siendo hereje y la hija ortodoxa. Hoy sólo se entiende existir la obligación de dotar, como consecuencia de la patria potestad, en el padre, y en la madre con arreglo á los principios de la ley del Matrimonio civil. No puede admitirse la opi-

nión que impone la obligación de dotar á los herederos del padre, á menos de haberse prometido la dote por el causante.

La dote puede constituirse no sólo á favor del marido, sino también á favor de éste y de sus padres, en cuyo caso los padres quedan también responsables á la restitución en su día de los mismos bienes ó de su valor.

En cuanto al tiempo, la dote catalana puede constituirse lo mismo antes que después de celebrado el matrimonio, sin que la fecha de su constitución altere los efectos que debe producir. Es esto una consecuencia de la admisión del principio de no ser título lucrativo la dote con relación al marido, principio que, como es natural, trasciende á las rescisiones de los actos de constitución dotal verificados en fraude de acreedores.

Respecto á la cuantía, la dote no tiene como límite máximum más que el de respetar la legítima de los demás hijos; pero tiene como mínimum la necesidad de ser proporcionada á los haberes del dotante y á la calidad y fortuna del marido; se entiende, en el caso de ser obligatoria. Ahora bien: si la dote se constituye á favor de una hija natural, habiendo descendientes legítimos, no puede exceder de la duodécima parte de los bienes.

La dote admite toda clase de pactos siendo lícitos, y se consideran no permitidos los de haber de devolverse durante el matrimonio, restituirse con los bienes sus frutos, ampliar el plazo para la restitución, no abonarse los gastos necesarios al marido, no responder éste en caso de culpa ó de dolo, etc. Es frecuente el pacto de reversión al donante ó sus herederos, en cuanto la dote exceda en su caso de la legítima de la hija, para cuando ésta muera sin descendientes ó con tales que no lleguen á la edad de testar.

El marido se hace dueño de los bienes de la dote estimada *venditionis causa*, y del dinero y demás cosas que se cuentan, pesan ó miden. En los bienes de la dote inestimada, suele decirse que el marido tiene el dominio civil, y la esposa conserva el natural; que el primero es dueño en cuanto á la administración y usufructo, con un dominio revocable.

El marido puede enajenar libremente los bienes muebles y semovientes. Respecto á los inmuebles, conforme al capítulo 10 del privilegio *Recognoverunt proceres*, exclusivo, como afirma el Sr. Durán y Bas, para Barcelona y poblaciones á donde se ha comunicado, y al capítulo 2.º *de jure jurando, Decretales in Sexto*, aplicables en todo el antiguo Principado, no podían ser enajenados ni gravados por el marido ni aun con consentimiento de la mujer, á no ser expreso y jurado. Pero este derecho especial de Cataluña fué sustancialmente modificado por la ley Hipotecaria en su art. 188, examinado en su lugar, y aplicable en las regiones forales.

A su vez, el precepto del art. 188 de la ley Hipotecaria ha sido alterado profundamente por el Código civil. Podía dudarse si el art. 1361 sería aplicable á Cataluña, y llevada la cuestión á la Dirección general de los Registros, ésta ha resuelto la afirmativa en Resolución de 15 de Noviembre de 1899. Para ello se funda en que el Tribunal Supremo, al interpretar el art. 1976 del Código civil, en sus relaciones con el art. 12 del mismo, ha sentado en repetidas sentencias, y especialmente en las de 3 de Diciembre de 1895, 3 de Febrero de 1896 y 9 de Abril de 1898, la doctrina de que «las instituciones de derecho regidas exclusivamente por la legislación común cuando se publicó el Código civil en territorios en que rigen disposiciones forales, están sometidas á las prescripciones de dicho Código como ley general», y, por tanto, que en lo relativo á enajenación y gravamen de bienes dotales, debe regir en todo el Reino lo dispuesto en el artículo 1361 del Código, y no lo preceptuado en el 188 de la ley Hipotecaria, que ha sido derogado por aquél.

Que este es, en efecto, el criterio del Tribunal Supremo en todas las cuestiones análogas, quedó demostrado en el comentario del art. 12, segunda edición del tomo primero de esta obra.

Del mismo modo es aplicable en Cataluña toda la doctrina relativa á la hipoteca dotal, y cuantos preceptos existen en la ley Hipotecaria relacionados con la dote, con las modificaciones que en los mismos haya introducido el Código civil.

En caso de adulterio de la mujer, y en el de homicidio por ella del esposo, pierde el derecho de reclamar la dote.

Se restituye la dote en caso de disolución ó nulidad del matrimonio, y en el de interdicción civil del marido, con arreglo á la ley de 18 de Junio de 1870. Durante el matrimonio está prohibida, como regla general, la restitución; se admiten, sin embargo, determinadas excepciones.

Como verdaderas especialidades del derecho catalán, tiene la mujer en dicha región dos privilegios, consistentes en los derechos de *tenuta* y de *opción dotal*, para conseguir la restitución de la dote ó cobrarla con preferencia á otros acreedores. De ellos nos ocuparemos brevemente.

Opción dotal.—El privilegio de opción dotal fué concedido por Don Jaime I en la Pragmática dada á Barcelona en 1241, y confirmada por Alfonso IV en 1432. Consiste en el derecho que tiene la mujer, cuando se entabla alguna ejecución contra su marido, para cobrarse con preferencia al acreedor, del importe de sus bienes dotales, escogiendo los muebles ó inmuebles que al efecto fuesen necesarios.

No procede este privilegio cuando la ejecución se entabla por una cantidad módica en proporción á la fortuna del marido, ó cuando la mujer haya consentido ó firmado la obligación porque se ejecuta, ó cuando se trate de acreedores más privilegiados aun que la mujer, por ejemplo, un acreedor hipotecario, respecto al inmueble hipotecado.

La mujer, justificando, por cualquier medio que no sea la simple confesión de su marido, la entrega de la dote, dentro del término de diez días, puede ejercitar su privilegio, cuyo efecto inmediato es la suspensión del procedimiento, y cuyo efecto definitivo debe ser que se satisfaga á la mujer su dote con el valor de los bienes muebles del marido, y si éstos no bastaren, con el de los inmuebles, á elección de la mujer. Aunque los bienes elegidos se entreguen á ésta, no adquiere sobre ellos verdadero dominio, sino un derecho de prenda.

Puede ejercitarse el privilegio aunque, además de los bienes

embargados, cuente el marido con bienes de sobra para la restitución de la dote.

Compete á la mujer durante el matrimonio, y aun después de la muerte del marido, y pasa su derecho á sus hijos por muerte de ella.

Por último, haremos notar que la *opción dotal* es una institución del derecho catalán especial, y que corresponde á la mujer ó á sus hijos, lo mismo con relación á la dote que al esponsalicio.

Tenuta.—Es un privilegio concedido á la mujer con relación á sus derechos sobre los bienes dotales y el esponsalicio. Consiste en la facultad de retener todos los bienes del marido, poseyéndolos y disfrutándolos hasta tanto que se le restituya la dote y el *excreix* en su caso.

No procede, por tanto, ese privilegio cuando no media dote ó no se justifica su entrega al marido; cuando la restitución está suficientemente asegurada con hipoteca de bienes determinados, ó queda en la herencia metálico ó alhajas suficientes para el reintegro, ó cuando al morir el marido se verifica la restitución.

Son requisitos para gozar de la *tenuta* que haya existido matrimonio ó esponsales de futuro, con entrega de dote; que el marido haya fallecido, que deba restituirse dote á la mujer ó entregarle esponsalicio, ó que procedan ambos extremos, y que la viuda forme inventario de los bienes del marido, principiándolo dentro del mes siguiente á la muerte, y terminándolo dentro de otro mes.

Además de los casos expresados, no goza la viuda de *tenuta* cuando se renunció expresamente ese derecho en las capitulaciones matrimoniales; cuando la dote consiste en bienes inmuebles inscritos en el Registro á nombre de la mujer, y cuando ésta acepta sin beneficio de inventario la herencia de su marido ó una donación universal.

No pierde la mujer el derecho de tenuta aunque contraiga segundas nupcias, y retiene los bienes hasta que se le restituya

la dote, y en su caso el esponsalicio, sea el que fuere el tiempo que transcurra.

Para la restitución de la dote, goza el marido, como en el derecho de Partidas, el beneficio de competencia.

Salta á la vista que desde el momento que se concedió á la mujer el derecho de hipoteca legal sobre los bienes de su marido, los privilegios de opción dotal y de tenuta perdieron toda su importancia. La mujer, cuya dote no peligra, ó que con sólo ejercitar el derecho que le concede la ley puede evitarse todo perjuicio, ¿en qué fundamentos de razón ni de justicia puede apoyarse para estorbar el cobro de un acreedor legítimo, interponiendo su célebre privilegio de opción dotal? La tenuta á su vez desaparece en la mayoría de los casos.

En cuanto á las demás especialidades del derecho catalán en materia de dote, ninguna tiene importancia suficiente para aconsejar su conservación.

II.—*Aragón.*

En Aragón, los bienes de la mujer tienen la consideración de dotales; los parafernales no se conocen, pues al marido corresponde siempre la administración.

Las especialidades de la dote son poco importantes, y puede afirmarse que son sólo una consecuencia de las reglas relativas al consorcio foral.

Aunque no todos, los escritores jurídicos aragoneses admiten la existencia de la dote obligatoria; la mayoría de ellos son de opinión de que el padre y la madre están obligados á dotar á sus hijas, si el matrimonio se contrae obteniendo para él el consentimiento debido.

No existe tasa para la dote, siendo la costumbre que guarde proporción con la fortuna del constituyente y el número de sus hijos. Cuando la dote se constituye por el padre ó la madre que sobreviven, con fondos de la sociedad conyugal, debe procurarse cierta igualdad con lo entregado en vida de ambos cónyuges á

los hijos ó hijas ya casados, y conservar su parte á los demás hijos.

Lo entregado por razón de matrimonio á los hijos, no está sujeto á colación.

Los derechos del marido en los bienes dotales son:

1.º La administración de los bienes inmuebles aportados como tales.

2.º La administración y disposición de los bienes muebles, aportados en concepto de sitios, más con obligación de restituir su importe ó ellos mismos á la disolución de la sociedad conyugal.

3.º La administración y disposición de los bienes muebles y de los sitios aportados como muebles, y la propiedad de una mitad de los mismos. No puede, sin embargo, disponer por donación ni en fraude de su mujer.

Los derechos de la mujer en los bienes dotales son:

1.º La propiedad de los bienes inmuebles aportados como tales.

2.º La propiedad de los bienes muebles en cuanto á una mitad, si se aportaron como tales ó de los sitios aportados como muebles, en el caso de que, ó subsistan, ó haya otros análogos á la disolución del matrimonio.

3.º La facultad de exigir la restitución de los bienes muebles aportados como sitios ó su valor.

Para la enajenación de los inmuebles dotales debe entenderse aplicable el art. 1361 del Código, con arreglo á la doctrina del Tribunal Supremo y á la resolución de 15 de Noviembre de 1899, citada con relación á Cataluña.

Pierde la mujer la dote en caso de adulterio y la viuda en caso de amancebamiento. Los bienes dotales prescriben en favor de terceros; mas si hubo culpa por parte del marido, responde de su valor.

En el proyecto de apéndice al Código civil para Aragón se impone á los padres ó al que de ellos sobreviva la obligación de dotar, salvo en los casos de casarse la hija contra su voluntad ó de tener la misma bienes propios suficientes.

La cuantía de la dote no está sujeta á tasa. La hija no tiene recurso alguno para reclamar suplemento ó ampliación de dote.

Mientras no se halle inscrita en el Registro de la propiedad la hipoteca dotal, el dinero, los valores públicos, y, en general, los muebles no fungibles, y el precio de los fungibles, se depositarán en un establecimiento adecuado á elección de la mujer. El marido percibirá los productos de las sumas ó valores depositados. Una vez constituída la hipoteca, el marido puede disponer de los bienes muebles dotales.

La mujer conserva el dominio de los inmuebles, aun cuando se estimasen al tiempo de su aportación y adquisición, por lo que el marido no puede enajenarlos ni gravarlos, á no ser mediando el consentimiento de ella.

En cuanto no baste la parte de gananciales de la mujer, responderán los inmuebles dotales de las obligaciones contraídas para librarlos de cargas, retraerlos, ó en otra forma, mejorarlos en entidad ó beneficio exclusivo de la mujer misma.

Responden además de las deudas del matrimonio, después de hecha excusión de los bienes comunes de la sociedad conyugal y de los propios del marido.

Para dicho efecto se reputan deudas del matrimonio:

1.º Las suscritas y otorgadas por el marido y la mujer.

2.º Las contraídas por el marido solamente para atenciones ó necesidades de la sociedad conyugal.

3.º Las procedentes de los actos ejecutados por la mujer, en la forma y con las limitaciones que se detallan en el art. 62 del Código civil.

Por último, ya sabemos que en el derecho especial de Aragón, los padres suceden en los bienes donados por ellos á sus hijos cuando éstos mueren sin descendientes, lo cual es aplicable á la dote, por lo que muerta la mujer sin descendencia, deben entregarse á los padres los bienes dotales procedentes de ellos, y en su defecto, á los parientes lineales más próximos.

III.—*Mallorca.*

La dote goza de poco favor. La mujer aporta de ordinario sus bienes al matrimonio sin carácter dotal, y como parafernales se consideran las adquisiciones posteriores realizadas en virtud de herencia, legado ó donación.

Sin embargo, si la mujer aporta dote, se aplicarán las disposiciones del Código civil, con preferencia al derecho romano, en virtud de lo dispuesto en el art. 13.

IV.—*Navarra.*

Sólo tres leyes se ocupan en Navarra de la dote. Estas leyes son las 3.ª, 6.ª y 7.ª, tít. 11, libro 3.º de la Novísima Recopilación.

La primera disponía la forma de ser dotadas las hijas en bienes de mayorazgos.

La segunda trataba de los pactos de reversión de las dotes ofrecidas en los primeros matrimonios, estableciendo que se entendiesen repetidos para cualquier segunda ó ulterior unión.

La tercera disponía que los llamamientos hechos en favor de los hijos de los primeros matrimonios al constituirse una dote se entendiesen revocados sólo con llevar las mujeres sus bienes en los segundos matrimonios.

Estas leyes suponían la existencia de otras más fundamentales, relativas á la institución dotal, y esas otras son indudablemente las del derecho romano, verdadera fuente en la materia. La dote en Navarra viene, por lo tanto, á regirse por nuestro antiguo derecho.

V.— *Vizcaya.*

El tít. 20 del Fuero de Vizcaya se ocupa de las dotes y donaciones, y profincos y gananciales entre marido y mujer. La dote forma parte del capital que aporta la mujer, y sufre las vicisitudes propias del mismo, sin regla especial alguna digna de mención.

CAPITULO IV

De los bienes parafernales.

Puede decirse que existen los bienes parafernales desde que se reconoció en la mujer el derecho de tener algo propio. Propiedad acaso insignificante, limitada á los objetos necesarios para su uso particular, pero propiedad al fin, con el derecho de disfrute y posible administración, que debió extenderse después á joyas y vestidos y alguna cantidad, y más tarde á otros bienes de más importancia.

No hemos de detenernos en este punto, sobre el cual puede verse la parte general de la materia propia de este tomo.

El caudal propio de la mujer dentro de la sociedad conyugal, en el sistema dotal y en el de gananciales, está constituído únicamente por bienes dotales ó parafernales. Estos, con arreglo á nuestro Código, constituyen la regla general y aquéllos la excepción.

Teóricamente, la propiedad en unos y otros siempre es de la mujer; la administración en los dotales es siempre del marido, en los parafernales siempre de la mujer; el disfrute á su vez, está en relación con el régimen especial aceptado en las capitulaciones matrimoniales. La ley, como veremos, admite la existencia de bienes parafernales administrados por el marido, y admite, como hemos visto, la traslación del dominio al mismo marido en los bienes dotales.

Un autor distinguido califica la institución de los parafernales de planta exótica trasplantada á través de los siglos para regir en una sociedad distinta á la de su origen, añadiendo que es repelida por la civilización y por la ciencia. Nos parece demasiado duro este juicio y no conforme con la realidad. Desde luego nada tiene de extraño que la mujer sea propietaria de otros bienes además de la dote. Es frecuentísimo que la mujer adquiera bienes por herencia durante el matrimonio, y no se

exprese en forma alguna que hayan de tener la cualidad de dotales. Pues bien, estos bienes que con el nombre de parafernales se adquieren, y con el mismo nombre se enajenan por la mujer en muchas escrituras públicas, no sabemos por qué han de representar una institución repelida por la ciencia y por la civilización. La ciencia jurídica no se opone á que la mujer casada, mayor de edad, pueda disponer con libertad de lo suyo y administrarlo; la civilización más bien parece empeñada en aumentar cada vez más la esfera de acción de los derechos de la mujer; no ha creido la culta Inglaterra retroceder á los tiempos bárbaros, cuando en nuestros días ha cambiado radicalmente el sistema de organización del patrimonio familiar, en el sentido de favorecer y ampliar las facultades de la esposa.

El legislador de Chile, como el de Méjico y otros varios, no se ocupan de los bienes parafernales; pero al no admitirlos, se fundan en que la posibilidad de ser administrados por el marido, y la necesidad de la licencia de éste cuando administra la mujer, le quitan toda su significación é importancia, dando á la esposa un derecho más nominal que real. Fácil es el remedio de esta anómala situación.

En Castilla, á pesar de todo, los bienes parafernales tienen mucha más importancia que los dotales; el marido administra, pero sin mediar entrega solemne ante Notario, ni dar de ordinario á la aportación carácter dotal. De aquí, como veremos, que exista mucha más jurisprudencia relativa á los bienes parafernales que á los dotales. No sabemos que con tal sistema sufran mayor menoscabo que en otros paises ó en otras regiones los intereses de la mujer y de la familia, ni haya que lamentar la ausencia de los privilegios de la dote.

En los Códigos modernos, salvo la libertad de estipulación, y determinadas excepciones, administra el marido todos los bienes de la sociedad, pero no hay dote, hay solo patrimonio de la mujer y patrimonio del marido; sin embargo, aun en ellos, esa libertad y esas excepciones son un tributo rendido á la conveniencia y aun necesidad de que en el matrimonio existan

bienes parafernales. Es la tendencia convertir lo real en legal, convirtiendo al marido en jefe y administrador de todos los bienes del matrimonio, mas dando á la mujer completa independencia en cuanto á los que puedan llamarse exceptuados.

ARTICULO 1381

Son parafernales los bienes que la mujer aporta al matrimonio sin incluirlos en la dote y los que adquiere después de constituída ésta, sin agregarlos á ella.

A) *Precedentes legales.*—Ley 17, tít. 11, Partida 4.ª

«Paraferna son llamados en Griego, todos los bienes é las cosas, quier sean muebles ó rayzes, que retienen las mugeres para sí, apartadamente, é non entran en cuento de dote; é tomó este nome *apara* que quier tanto dezir en griego como acerca, é *ferna*, que es dicho por dote, que quier tanto dezir en romance, como todas las cosas que son yuntadas ó allegadas á la dote.»

B) *Comentario.*—El Código trata de los bienes parafernales como patrimonio especial de la mujer dentro del sistema de *gananciales*. No son incompatibles, antes bien se admiten de ordinario como cosa corriente dentro del régimen *dotal*. No tienen razón de ser en el sistema de *comunidad absoluta*. Tienen en cambio extraordinaria importancia, por formar todo el caudal de la mujer, en el régimen de *separación*.

Del art. 1381 se deduce que son bienes parafernales todos aquellos que la mujer aporta al matrimonio, ó adquiere durante él, si no tienen el concepto de dote; en suma, es parafernal todo el haber no dotal de la mujer, y como la dote no existe mientras expresamente no se aporten ó adquieran los bienes en tal concepto, es evidente que siempre que no conste de un modo claro y cierto la constitución de dote, los bienes de la mujer han de considerarse como parafernales, ó lo que es lo mismo, que en nuestro derecho éstos constituyen la regla general, y los bienes

dotales la excepción. Esta doctrina lógica y racional se aplica en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Mayo de 1894 y 30 de Diciembre de 1897, y en las Resoluciones de la Dirección general de los Registros de 14 de Diciembre de 1896, 20 de Diciembre de 1899 y 24 de Enero de 1901.—Antes del Código sostenían igual doctrina las sentencias de 4 de Marzo de 1858, 5 de Octubre de 1877 y 4 de Diciembre de 1890.

Por de pronto la ley no establece ninguna otra distinción entre los bienes dotales y parafernales. De los artículos siguientes se deducen otras diferencias; la mujer puede ó no conservar el dominio de los bienes de la dote (art. 1346), mientras que siempre le corresponde el dominio de los parafernales (artículo 1382); la dote se administra siempre por el marido (artículo 1357); los parafernales se administran de ordinario por la mujer (art. 1384); las reglas para la enajenación ó gravamen de una ú otra clase de bienes son distintas (arts. 1361 y 1387); por último, los frutos de la dote responden en absoluto de las obligaciones personales del marido como jefe de la sociedad conyugal; los frutos de los bienes parafernales sólo en el caso de que se pruebe que redundaron en provecho de la familia (artículo 1386). Secundariamente, véanse también los preceptos de los arts. 1355 y 1388.

La fuente directa de los bienes parafernales es la misma que la de los bienes dotales: el caudal propio de la mujer al tiempo de contraer matrimonio, cualquiera que hubiese sido la razón ó título de su adquisición, y lo adquirido después, en virtud de donación, herencia ó legado.

Solo en virtud de sustitución ó subrogación puede haber, en el sistema de gananciales, bienes parafernales adquiridos por compra ó título oneroso. En efecto, hay que aplicar á dichos bienes lo dispuesto en el art. 1396, y así será parafernal lo adquirido por derecho de retracto, ó en virtud de permuta con otros bienes de igual clase, lo comprado con dinero exclusivo, no dotal, de la mujer, lo adjudicado á la misma en pago de créditos peculiares suyos, no dotales, etc. Los productos obtenidos

por la mujer con su trabajo ó industria, no son parafernales, como no lo son las adquisiciones á título oneroso, mientras no conste claramente la procedencia del dinero ó de los bienes dados en equivalencia, como propios del caudal privativo de la mujer. Al tratar de los bienes gananciales veremos la copiosa jurisprudencia que existe en este particular.

En el sistema de separación es distinto: todo el patrimonio de la mujer es parafernal, sea la que fuese la clase ó naturaleza de los bienes, la época ó el título ó razón de su adquisición, y por tanto los productos de su trabajo ó industria.

Apenas si el artículo necesita más comentario. Sin embargo, de la relación entre el mismo y los 1336 y 1338, suscitase la cuestión de si puede la mujer, durante el matrimonio, convertir sus bienes parafernales en dotales, y aun admitiéndolo así, darlos en dote estimada, transfiriendo al marido su dominio. En nuestra opinión debe resolverse esa duda en sentido negativo.

Solo es dote, según el art. 1336, lo que se aporta al matrimonio en tal concepto, ó lo que durante él se adquiere por donación, herencia ó legado con carácter dotal. Durante el matrimonio, por lo tanto, ó adquiere la mujer bienes que, por voluntad del donante ó transmitente deben considerarse como dote, y entonces son desde luego dotales desde su adquisición, ó los adquiere sin que se les asigne tal carácter, en cuyo caso no caben en ninguno de los supuestos del art. 1336, y han de estimarse parafernales. Es posible que de antemano, en las capitulaciones matrimoniales se pacte que toda herencia, legado ó donación que durante el matrimonio adquiera la mujer, ó determinado legado ó herencia, si se adquiere, haya de considerarse como aumento de dote, en cuyo caso los bienes serán dotales desde su adquisición, ó se entenderán agregados á la dote; no es posible que aportados ó adquiridos sin ese carácter, ó como parafernales, cambien de concepto durante la unión, por solo la voluntad de la mujer.

Además, según el art. 1382, la mujer ha de tener el domi·

nio de los bienes parafernales. Si pudiera transferirlo al marido en concepto de dote estimada, lo expresaría el Código, como lo hace respecto á la administración, no sentando la regla como absoluta. El art. 1458 confirma plenamente tal imposibilidad, pues la dote estimada equivale á una venta, y la venta entre los cónyuges durante el matrimonio, es un acto prohibido dentro del sistema de gananciales.

Por último, con arreglo al art. 1338, durante el matrimonio puede constituirse dote, pero al efecto solo se nombra como constituyentes á los padres, parientes de los esposos ó personas extrañas á la familia, los cuales lo verifican al tiempo de donar ó transmitir; el marido no puede hacerlo desde luego; la mujer, de acuerdo con el marido, en nuestra opinión, tampoco. Sería peligrosa la admisión del cambio de carácter de los bienes de la mujer, bajo el punto de vista del art. 1335, como también del 1320. ¿Quién duda que aportados los bienes á la unión como parafernales, se altera lo pactado expresamente, ó lo tácitamente establecido, al convertir esos bienes en dotales durante el matrimonio? Ni ¿qué necesidad hay de tal cambio, cuando, entregando los parafernales al marido en escritura pública para su administración, siguen en todo las reglas de los de la dote inestimada, única forma de constitución, sobre la cual puede quedar alguna duda?

En suma: la ley quiere la estabilidad en las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con relación á terceros. Lo que se aporta como dotal, ó como dotal se adquiere, no puede perder ese carácter ó convertirse en parafernal por voluntad de los cónyuges durante el matrimonio; lo que se aporta como parafernal ó como parafernal se adquiere, no puede convertirse en dotal. La aportación ó la adquisición determinan el concepto, y ese concepto subsiste ya inalterable durante la unión.

C) *Códigos extranjeros.*—Es parafernal todo lo no constituído en dote, según los arts. 1425 del código de Italia y 1574 del de Francia. Concuerda también nuestro artículo con los 1142 y 1143 del de Guatemala.

El código de Uruguay considera como dote todo el caudal privativo de la mujer. No se ocupan tampoco de bienes parafernales los códigos de Méjico, República Argentina, Chile, Venezuela, Portugal ni Alemania. Hay en todos estos códigos bienes de la mujer y bienes del marido, unas veces como regla general, otras como excepción, según ocurre en Portugal, donde, como sabemos, rige el sistema de comunidad absoluta. La administración de todos los bienes se encomienda al marido en casos normales ú ordinarios; pero en esta regla caben algunas excepciones.

Según los arts. 1365 al 1370 del código de Alemania, la administración y el disfrute por parte del marido no se extiende á los bienes reservados de la mujer. Son reservados los bienes siguientes:

1.º Las cosas exclusivamente destinadas al uso personal de la mujer, especialmente sus vestidos, joyas é instrumentos de trabajo (art. 1366).

2.º Lo que adquiera la mujer por medio de su trabajo ó por el ejercicio personal de una profesión lucrativa (1367).

3.º Los bienes declarados tales en el contrato matrimonial (1368).

4.º Los que la mujer adquiera por sucesión, por legado ó á título de reserva, ó lo donado por un tercero, cuando el trans mitente ó donante dispongan que la adquisición se considere como bienes reservados (1369).

5.º Lo que la mujer adquiera por virtud de un derecho que forme parte de dichos bienes, ó por indemnización por la destrucción, deterioro ó sustracción de un objeto que forme parte de sus bienes reservados, ó por medio de un acto jurídico relacionado con los mencionados bienes.

Los bienes propios de la mujer, no administrados por el marido, son los parafernales de que habla nuestro Código y los de Francia, Italia y Guatemala, si bien en otros Códigos, como el de Alemania, se ha cambiado su denominación por otra más propia.

ARTÍCULO 1382

La mujer conserva el dominio de los bienes parafernales.

ARTICULO 1383

El marido no podrá ejercitar acciones de ninguna clase respecto á los bienes parafernales, sin intervención ó consentimiento de la mujer.

A) *Precedentes legales.—Ley 17, tít. 11, Partida 4.ª:* «E todas estas cosas, que son llamadas en griego «paraferna», si las diere la mujer al marido con entencion que aya el *señorio* dellas mientra que durare el matrimonio, auerlo ha, bien assi como de las quel dá por dote. E si las non diere al marido señaladamente, nin fuere su entencion que aya el *señorio* en ellas, siempre finca la muger por señora dellas. Esto mismo seria quando fuessen en dubda, si las dieran al marido o non.»

B) *Comentario.*—Las palabras de la ley 17, tít. 11, Partida 4.ª, relativas al *señorío* de los bienes parafernales, dieron lugar á duda, porque usada esa palabra de ordinario como sinónima de dominio, podía entenderse que era posible que el dominio de los bienes parafernales residiera en el marido. Pero en todo caso se trataba de un dominio ó señorío revocable, puesto que sólo había de subsistir durante el matrimonio. En vista del espíritu de la ley y de su combinación con las demás del mismo título y Partida, la jurisprudencia afirmó repetidamente que sólo podían referirse sus palabras á la *administración* de los bienes, y no á la propiedad, que siempre debía residir en la mujer.

El derecho anterior, en esta parte, era, pues, sustancialmente el mismo que el que hoy rige. El Código, en evitación de toda duda, lo declara de un modo terminante en los artículos que comentamos, relacionados entre sí hasta el punto, de que el segundo es sólo una consecuencia del primero; pero consecuencia que podía también motivar cuestiones, dadas las facultades

del marido en la sociedad conyugal dentro del sistema de gananciales, sin que ni aun la previsión del legislador haya sido suficiente, pues, como veremos, la jurisprudencia, apoyándose en distingos más ó menos formularios, tiende á interpretar ese precepto en un sentido contrario, en nuestra opinión, á su letra y á su espíritu.

La mujer conserva siempre, durante el matrimonio, el dominio de los bienes parafernales. Aquí la palabra «dominio» se toma en su sentido propio, y comprende, por tanto, la facultad de disponer y de gozar, lo que no ocurre en el 1360. En el sistema de gananciales, la facultad de gozar tiene una limitación: la mujer percibe los frutos, pero ha de entregarlos al marido, como gananciales, para ayudar á sostener las cargas del matrimonio. Aun en el sistema de separación, la mujer ha de contribuir á su sostenimiento y al de los hijos en proporción á su haber, como terminantemente se preceptúa en el art. 1434.

Fuera de esta limitación no existe otra. Se dice por varios autores españoles y extranjeros que al dominio de la mujer le falta la facultad característica *de la libre disposición*, en cuanto á actos de enajenación, gravamen é hipoteca de bienes parafernales, y el de representación de este derecho en juicio acerca de los mismos actos, los que necesitan para su validez la licencia del marido, ó en su defecto habilitación judicial á la mujer.

Este juicio es equivocado, ó al menos se expresa de un modo impropio que no corresponde á la realidad. La mujer tiene en absoluto, como otro cualquier propietario, la libre disposición de sus bienes parafernales; la facultad ó el derecho no sufre limitación alguna; lo que se limita es la capacidad de obrar de la misma mujer, atendiendo á su situación dentro de una sociedad de la que no es jefe. Del mismo modo, y aun con mayor alcance, está limitada la capacidad de obrar de los menores, y no por eso puede decirse que el dominio que les corresponde sobre sus cosas es un dominio limitado.

Como desarrollo del precepto del art. 1382, puede darse aquí por reproducido cuanto con relación á los bienes dotales inesti-

mados quedó expuesto en el comentario del art. 1360, pero con toda la amplitud que se deriva de ser aun más pleno ó absoluto el dominio de la mujer sobre sus bienes parafernales.

Tratándose, pues, de bienes en los que normalmente el marido no tiene el dominio, esto es, no tiene ni la facultad de disponer, ni la de usar ó disfrutar, ni, por tanto, la esencialísima de reivindicar, de bienes cuya defensa no le compete, ni cuya administración, por regla general, le corresponde, el precepto del art. 1383 no puede ser más lógico: el marido no puede ejercitar *acciones de ninguna clase* respecto á los bienes parafernales sin intervención ó consentimiento de la mujer. Este precepto no puede ser más terminante; precisamente, si de algo peca es de ser demasiado absoluto, pues no cabe duda alguna de que hay casos excepcionales en los que es indispensable admitir en él alguna limitación.

Desde luego, la intervención del marido como jefe de la sociedad conyugal para prestar su licencia en ciertos actos importantes de la mujer relativos á sus bienes parafernales, es completamente extraña al art. 1383, pues no significa el ejercicio de acción alguna por su parte. Cierto también que, según el artículo 60, el marido es el representante de la mujer; pero aparte de que enfrente de este precepto absoluto está el no menos terminante y claro del 1383, ocurre en seguida que no obsta la representación al consentimiento ó intervención por parte de la mujer, y, por tanto, que si es necesario ejercitar en juicio alguna acción con relación á los bienes parafernales, ambos artículos pueden cumplirse con independencía, compareciendo el marido en nombre de la mujer, mas no por sí solo ó á espaldas de ésta, sino con la intervención de la misma ó con su consentimiento tan claro y expreso como el art. 1383 exige. Si, pues, este artículo no ha de sobreponerse al 60, compareciendo la mujer en juicio con solo la licencia de su marido, como sería lo más lógico y como autoriza á entenderlo el art. 1387, al menos se hace siempre indispensable la intervención de la mujer. Desconocerlo equivaldría á borrar el art. 1383 del Código.

Hemos dicho que el art. 1387 autoriza una interpretación aun más amplia, y no cabe negarlo. La mujer, según dicho artículo, no puede comparecer en juicio sin licencia de su marido; luego con esa licencia puede hacerlo. Más aun: debe ser ella, según el espíritu y la letra del artículo, la que comparezca á defender sus bienes parafernales ó gestionar con relación á los mismos, sobre todo si conserva su administración, aunque no pueda comparecer por sí sola ó sin licencia marital. Precepto tan especial y adecuado al caso ¿no ha de poder modificar la regla general del art. 60? Para nosotros la cuestión no ofrece duda. Siendo la mujer la dueña y la administradora, ¿por qué ha de figurar en segundo término, como conformándose con lo que hace su marido? ¿No es lo lógico y racional que ella ocupe el puesto preferente, compareciendo en juicio á pedir y á defenderse, como verdadera interesada, aunque contando con la licencia de su marido, jefe al fin de la sociedad conyugal?

Prescindiendo ya de esta cuestión, y siguiendo en el examen del art. 1383, hay casos, como hemos dicho, anormales, en los que no hay más remedio que admitir en el precepto de dicho artículo alguna excepción. Estos casos se presentan en el sistema de gananciales, que no puede menos de ejercer cierta influencia en todas las relaciones patrimoniales entre los cónyuges durante la unión.

En primer lugar, los frutos de los bienes parafernales son gananciales, y han de entregarse al marido para el sostenimiento de las cargas del matrimonio. Los frutos puede, pues, decirse, que los administra siempre en tal sistema el marido, y á él compete, como jefe de la sociedad conyugal, ejercitar las acciones relativas á los mismos, una vez separados, percibidos ó convertidos en bienes muebles, en cierto modo independientes.

En segundo lugar, hay casos anormales, según el art. 1384, en los que la administración de bienes parafernales se entrega con determinadas formalidades al marido, y en ellos el marido es quien forzosamente ha de ejercitar todas las acciones derivadas de la administración.

Fuera de estos casos excepcionales, no hay más remedio que reconocer que á la mujer corresponde el ejercicio de todas, absolutamente todas, las acciones relativas á sus bienes parafernales, sin que el marido pueda, sin su intervención ó consentimiento, ejercitar *ninguna.*

C) *Jurisprudencia.*—Aplicando el art. 1382, la Dirección general de los Registros, en Resolución de 18 de Febrero de 1893, declara que el marido no puede dar en arrendamiento por más de seis años los bienes inmuebles de la mujer, por lo que menos aún puede ejercer otros actos de transcendencia, como la constitución de servidumbres á favor de fincas de la misma, pues establecen permanentes relaciones jurídicas que no es posible prever si perjudicarían ó beneficiarían al dueño.

Sobre el art. 1383, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Noviembre, 20 Junio y 22 de Septiembre de 1894 y 31 de Diciembre de 1897, las tres primeras relativas á recursos de casación por quebrantamiento de forma.

En la primera se dice que no existe la falta de personalidad que se alega en el recurso, porque correspondiendo al marido la representación legal de su mujer, según establece el art. 60 del Código civil, es indudable que el demandante tiene la calidad ó carácter reconocido por el recurrente con que ha promovido el juicio, no siendo tampoco obstáculo para hacerlo, la disposición del art. 1383 de dicho Código, ya porque en virtud de este precepto podría excepcionarse que se carecía de la acción ejercitatada, más bien que faltar la personalidad, ya porque la firma cuya autenticidad no se ha negado, que la mujer estampó en la demanda, expresando en el otrosí su conformidad con la misma, no puede menos de estimarse como la intervención ó consentimiento exigido por el citado art. 1383.

Las de 20 de Junio y 22 de Septiembre de 1894, también se refieren á casos en que se alegaba la falta de *personalidad* del marido para entablar acciones relativas á bienes parafernales de su mujer, y el Tribunal Supremo desestima el recurso porque la falta de personalidad comprendida en el núm. 2.º del ar-

tículo 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, se refiere á la incapacidad personal absoluta ó relativa para comparecer en juicio, pero no á la virtualidad ó eficacia de la acción ó excepción que se ejercita.

Esto no obsta para que en la de 20 de Junio se afirme que la restricción contenida en el art. 1383, establecida indudablemente para garantir los derechos de la mujer, respecto de sus bienes parafernales, no sólo es determinante de una forma de ejercicio de la acción, sino que afecta sustancialmente á los derechos del marido.

Se ve, pues, que el Tribunal Supremo no desconoce la importancia del artículo, pero cree que, basándose los recursos en falta de *personalidad*, y no en falta *de acción*, aun constando claramente la razón de la oposición y los fundamentos del derecho del recurrente, no procede estimarlos, debiéndose respetar lo hecho. Sólo cabe, en vista de estas sentencias, dolerse de que aun en nuestros tiempos se atienda más á la forma que al fondo, y que la ignorancia de un abogado ocasione impunemente irreparables perjuicios, dejando firmes actos contrarios á las leyes.

Pero en la sentencia de 31 de Diciembre de 1897, el Tribunal Supremo sacrifica en absoluto el precepto del art. 1383 en aras del 60. El marido por sí solo ejercita acción de retracto contra el comprador de una finca colindante con otra parafernal de su esposa; el demandado se opone por no tener el marido *acción* ni derecho para interponer la demanda de retracto, sin la intervención ó consentimiento de su mujer. La Audiencia le absuelve, fundándose, entre otros, en el art. 1383, y el Tribunal Supremo declara lo siguiente:

«El principio fundamental de derecho consignado en el artículo 60 del Código, según el cual, el marido es el representante legal de su mujer en juicio y fuera de él, no permite otras excepciones que aquellas que taxativamente ha establecido dicha compilación.»

«Entre ellas no puede estimarse comprendida, para los efectos del retracto, la del art. 1383, cuyo propósito y alcance no es

otro que el de garantir á la mujer sus parafernales: toda vez que por el retracto, sobre no menoscabarse en poco ni en mucho el dominio, ni aun la facultad de administrar que á la mujer corresponde en esta clase de bienes, sólo puede procurársele la ventaja notoria de aumentar su haber, conforme al párrafo segundo del 1337, en cuyo concepto la sentencia que desconoce á un marido acción y derecho para retraer una finca colindante con otra de los parafernales de su mujer, infringe los artículos 60, 63, 1336, 1337, párrafo 2.º; 1381 á 1384 y 1387 del Código civil.»

El art. 1383 no distingue entre acciones beneficiosas ó perjudiciales para la esposa. Ejercitándose el derecho con relación á una finca parafernal de la mujer, parece evidente que el derecho y la acción, que es su consecuencia, le correspondían sólo á ella. El art. 1383, especial para el caso, prohibe en absoluto al marido «ejercitar acciones de *ninguna clase* respecto á los bienes parafernales, sin intervención ó consentimiento de la mujer»: luego la cuestión se presentaba con una sencillez y claridad tal, que no admitía más solución legal, á nuestro juicio, que la contraria á la que se estableció, sin que tengan relación directa los artículos 1336, 1337, 1381, 1382, 1384 ni 1387, á no ser éste para robustecer más nuestra creencia. Para nosotros la cuestion no ofrece duda alguna, salvo siempre el respeto que nos merece el Tribunal Supremo.

Véase también la sentencia de 1.º de Diciembre de 1902 en el art. 1412.

D) *Códigos extranjeros.*—Concuerda el art. 1382 con los 1427 del Código de Italia, y 1144 del de Guatemala, deduciéndose igual doctrina del 1575 del Código de Francia.

ARTÍCULO 1384

La mujer tendrá la administración de los bienes parafernales, á no ser que los hubiera entregado al marido ante Notario con intención de que los administre.

En este caso, el marido está obligado á constituir

hipoteca por el valor de los muebles que recibiere ó á asegurarlos en la forma establecida para los bienes dotales.

A) *Precedentes legales.*—Ley 17, tít. 11, Partida 4.ª

Véase la parte transcrita en los artículos 1382 y 1383, después de lo cual continúa dicha ley: «E todas estas cosas que son dichas paraferna, han tal priuilegio como la dote, ca bien assi como todos los bienes del marido son obligados á la muger, si el marido enajena, ó malmete la dote, assi son obligados por la paraferna á quien quier que passe. E maguer que tal obligacion como esta, non sea fecha por palabra, entiendesse que se faze tan solamente por el fecho. Ca luego que el marido recibe la dote, ó las otras cosas que son llamadas paraferna, son obligados por ende á la muger, todos sus bienes, también los que ha estonce, como los que aurá despues».

Las palabras de dicha ley relativas al señorío de los bienes parafernales, se relacionan principalmente con este artículo, puesto que, como dijimos, según la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código, la palabra *señorío* debe entenderse sinónima de administración.

La ley Hipotecaria en su art. 180 determina que «el marido no podrá ser obligado á constituir hipoteca por los bienes parafernales de su mujer, sino cuando éstos le sean entregados para su administración por escritura pública y bajo fe de Notario. Para constituir esta hipoteca se apreciarán los bienes ó se fijará su valor por los que, con arreglo á esta ley, tienen la facultad de exigirla y de calificar su suficiencia».

Véanse también los precedentes legales de los artículos 1349 á 1354.

B) *Comentario.*—El art. 1384 establece una distinción en los bienes parafernales por razón de su administración: bienes administrados por el marido y bienes cuya administración se reserva la mujer. Estos constituyen la regla general, y aquéllos la excepción.

La misma distinción estaba establecida en el derecho antiguo, exigiéndose que los bienes se entregaran al marido *señaladamente*, más sin determinar forma alguna para ello, si bien en caso de duda la mujer se consideraba señora de los parafernales.

La jurisprudencia relacionada con dicho derecho, tiene establecido como regla general que para que el señorío (administración) de los bienes parafernales pase durante el matrimonio al marido, y pueda, por consiguiente, exigirse á éste la responsabilidad que la ley le impone relativamente á dichos bienes, es indispensable probar que la mujer se los entregó señaladamente y con intención de que los poseyera y administrara, pues en otro caso, siempre finca la mujer señora de ellos. Sentencias de de 25 de Junio de 1857, 4 de Marzo de 1858, 9 de Enero de 1860, 26 de Octubre de 1863, 12 de Diciembre de 1864, 23 de Abril y 8 de Octubre de 1866, 1.º de Marzo y 29 de Octubre de 1867, 3 de Febrero de 1870, 11 de Marzo y 3 de Octubre de 1871, 10 de Mayo de 1873, 21 de Febrero de 1881, 9 de Octubre de 1882, 8 de Abril y 29 de Noviembre de 1884, 21 de Diciembre de 1886, 22 de Noviembre de 1888, 14 de Mayo y 28 de Junio de 1890.

No constituyen pruebas de la entrega, ni la simple confesión del marido (sentencia de 11 de Julio de 1885), ni la autorización concedida á éste para cobrar cierta suma de carácter parafernal (sentencia de 11 de Octubre de 1886), ni la inscripción de una finca de tal clase á nombre del marido (sentencia de 13 de Enero de 1888).

En suma, la cuestión de si la entrega de los bienes parafernales se verificó ó no señaladamente es de hecho, y debe ser apreciada por los Tribunales, según las circunstancias de cada caso. (Sentencia de 5 de Noviembre de 1890.)

La ley Hipotecaria cortó toda duda estableciendo en el número 1.º del art. 168, hipoteca legal en favor de la mujer por los parafernales entregados al marido solemnemente bajo fe de Notario para su administración. En armonía con este precepto

fué dictado el art. 180, transcrito en los precedentes legales.

El Código no ha hecho más que confirmar esta doctrina. Véase lo expuesto en su lugar, con relación á la entrega de la dote.

I. *Bienes parafernales administrados por el marido.*—El marido á quien hubieran sido entregados los bienes parafernales, estará sometido, en el ejercicio de su administración, á las reglas establecidas respecto á los bienes dotales inestimados, con arreglo al art. 1389. Como el dominio no se transfiere nunca al marido en los parafernales, los bienes inmuebles se inscriben en el Registro desde luego á nombre de la mujer, haciendo constar la entrega de la administración al marido en la misma inscripción, ó por nota marginal si ya estuviesen registrados con anterioridad á favor de dicha mujer.

En cuanto á los bienes muebles, deben apreciarse, y constituir el marido hipoteca suficiente para su seguridad, ó comprometerse á hipotecar los primeros inmuebles que adquiera, á menos que la mujer, ya casada y mayor de edad, renuncie el derecho de exigir á su marido hipoteca legal.

Véase el comentario de los arts. 1349 á 1354, pues en cuanto á las personas que pueden pedir la constitución de la hipoteca, plazo, efectos, etc., rige la misma doctrina que para los bienes dotales inestimados.

Por último, los bienes parafernales administrados por el marido deben devolverse á la mujer, sentando el art. 1391 una regla general, según la que la devolución de dichos bienes ha de tener lugar en los mismos casos y en la propia forma que la de los de la dote inestimada.

Los bienes parafernales no pierden la consideración de tales aunque se hayan entregado legalmente al marido para su administración; pero la ley los equipara de tal modo á los dotales, que en realidad, y salvo contadas excepciones, quedan con ellos confundidos. Cierto que el art. 1357 considera también al marido como usufructuario de los bienes de la dote inestimada, y no le asigna ese derecho, sino sólo la administración en los pa-

rafernales, con arreglo al art. 1348; pero en el concepto de administrador ó en el de usufructuario, el marido percibe los frutos de una y otra clase de bienes, y los aplica al sostenimiento de las cargas del matrimonio, y en todo se halla sujeto á las reglas establecidas respecto á los bienes dotales inestimados, pues en el Código dichas reglas, en lo relativo á la administración, están mezcladas ó confundidas con las relativas al usufructo, forman un solo cuerpo ó tienen tal unidad de doctrina, que no vemos razón para separar unas de otras, y escoger sólo algunas determinadas.

Las únicas excepciones que creemos admisibles se consignan en este mismo capítulo y en sus arts. 1385, 1386 y 1387. Los bienes parafernales, aun administrados por el marido, sólo responden de los gastos diarios usuales de la familia, en defecto de los dotales; sus frutos, aun en esas circunstancias, no quedan afectos á las obligaciones personales del marido mientras no se pruebe que redundaron en provecho de la familia. Sobre actos de enajenación ó gravamen y comparecencia en juicio, véase el art. 1387.

II. *Bienes parafernales cuya administración conserva la mujer.* —Son los bienes parafernales propiamente dichos, los que conservan su naturaleza independiente. A ellos se refieren los artículos 1387, 1388, 1385 y 1386, el segundo de un modo exclusivo, y los demás como aplicables á los parafernales en general.

La exposición de motivos de la ley Hipotecaria decía: «Cuando la mujer conserva la administración de los parafernales, ó éstos no se entregan al marido por escritura pública, tampoco debe tener lugar la hipoteca, porque nadie tiene obligación de garantir la restitución de lo que no recibe ó de lo que no haya sido entregado con las formalidades que establecen las leyes; si se permitiera lo contrario, se daría lugar á fraudes perjudiciales á un tercero.»

¿Necesita la mujer licencia marital para la administración de sus bienes parafernales? ¿Con qué formalidades ó requisitos

debe administrar la mujer menor de edad? Examinaremos estas cuestiones, que son las más importantes que sugiere el estudio del art. 1384.

PRIMERO. *Licencia marital.*—Con arreglo á la ley de Partida, era un principio admitido que, al conservar la mujer la administración de sus bienes parafernales, los administraba con completa independencia de su marido.

La ley 55 de Toro prescribió en términos absolutos que la mujer casada no podía contratar, ni cuasi contratar, ni apartarse de los contratos celebrados, sin licencia de su marido, y al aplicar el precepto á los bienes parafernales se observó con razón que de nada servía á la mujer la facultad que tenía de administrarlos si para esto necesitaba á cada momento contar con la voluntad de otras personas, impetrando la licencia de su marido ó la autorización del Juez.

Complicóse más el problema, como advierte el Sr. Sánchez Román, con la Pragmática de Felipe IV (ley 7.ª, tít. 2.º, libro 10 de la Novísima Recopilación), que confería, sin excepción, al marido, desde la edad de diez y ocho años, la administración de sus bienes propios y los de su mujer.

El pensamiento de estas leyes no debió ser indudablemente derogar ni modificar la ley 17, tít. 11, Partida 4.ª Sobre todo, la citada Pragmática no merecía en realidad gran discusión: concedía al marido menor de edad, desde los diez y ocho años, lo mismo que ya correspondía al marido mayor. Si éste no tenía la administración de los bienes parafernales de su mujer mientras no se le hubiese entregado señaladamente con esa intención, claro es que el marido menor no podía pretender una cosa distinta. De todos modos, el art. 45 de la ley de Matrimonio civil cortó en esta parte toda cuestión al determinar que el marido administra los bienes de su mujer, excepto aquéllos cuya administración corresponda á la misma por la ley.

Mayor duda motivaba la ley 55 de Toro, y más empeñada en cuanto á su alcance fué la controversia, y, sin embargo, es también claro que dicha ley tenía que aplicarse con relativa inde-

pendencia, y que podía modificar ó limitar un tanto las facultades de la mujer sobre sus bienes parafernales, pero nunca impedir su derecho de administración ni derogar por consiguiente la ley de Partidas.

En este sentido se inspiró la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La mujer puede contratar válidamente sobre sus bienes parafernales con licencia de su marido. La mujer administra sus bienes con arreglo á la ley de Partidas, mas sin perjuicio de la intervención que, según otras prescripciones legales, corresponde al marido para dar su licencia en los actos y contratos que aquélla no puede celebrar por sí, y sin perjuicio también de que, como jefe de la familia y para atender á sus necesidades, disponga de los frutos ó productos de dichos bienes. (Sentencias de 30 de Enero de 1862, 26 de Octubre de 1863, 25 de Noviembre de 1864, 23 de Abril, 12 de Mayo y 8 de Octubre de 1866, 1.º de Marzo y 29 de Octubre de 1867, 11 de Marzo de 1871, 10 de Mayo de 1873, 1.º de Enero de 1876, 21 de Febrero y 16 de Abril de 1881, 2 de Noviembre de 1883, 7, 18 y 29 de Noviembre de 1884 y 23 de Diciembre de 1890.)

El art. 49 de la ley del Matrimonio civil estableció que la mujer no podría administrar sus bienes, ni comparecer en juicio, ni celebrar contratos, ni adquirir sin licencia de su marido, á no ser en los casos y con las formalidades y limitaciones que las leyes prescribiesen. Discutióse y discútese aún si las últimas palabras aludían á la administración de los bienes parafernales. Como en dicha ley se señalaban casos de excepción, y entre ellos no figuraba el que se pretendía, la cuestión distaba mucho de ser clara. En realidad, los términos del problema seguían los mismos, y así lo declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de Junio de 1874, expresando que la ley del Matrimonio civil no había hecho variación alguna en ese punto.

Publícase el Código civil, y aun no aparece resuelta claramente esta cuestión. Con la doctrina del Tribunal Supremo resultaba que la mujer podía atender desde luego al cuidado y conservación de sus bienes parafernales; pero si quería darlos

en arrendamiento por un año, alquilar por meses una casa, desahuciar, colocar dinero, ajustar obras ó servicios, etc., necesitaba siempre la licencia del marido ó la habilitación judicial, teniendo así una administración tan nominal como legal, pero no real.

La primera impresión que sugiere la lectura del Código es la de que todo continúa lo mismo. La mujer casada, en general, no puede adquirir ni aceptar herencias, ni pedir particiones, ni contratar sin licencia de su marido (arts. 61, 995, 1053 y 1263), y no se establece claramente ninguna excepción que á la administración de los bienes parafernales se refiera. Examinemos, sin embargo, aunque sea brevemente, la cuestión, porque el asunto lo merece.

Autores tan respetables como los Sres. Alcubilla y Sánchez Román dan por resuelta la cuestión en el Código en favor de la mujer.

El segundo se apoya en la conservación en el Código de la facultad de administrar la mujer sus bienes parafernales, administración que juzga incompatible con la limitación de la licencia marital. Por eso dice: «Desde que la ley de Matrimonio civil formuló el art. 45, en su segundo párrafo, que es un precepto en que se concuerdan los dos puntos de vista de la capacidad de la mujer y de la excepción de sus derechos para administrar cierta clase de bienes que por las leyes se le reconozcan, y mucho más cuando esto ha tenido lugar en los términos en que lo hace el Código civil, consignando en él expresamente ese derecho de administración de los parafernales á favor de la mujer por el art. 1384, haciendo la salvedad expresa del mismo en el 59, y aun reiterándola de modo más enérgico en el 61, todos ellos, como excepción manifiesta de la doctrina general de defecto de capacidad civil de la mujer casada y de su complemento por la licencia del marido, es visto que no pueden ofrecerse dudas justificadas en este punto. A mayor abundamiento, el artículo 1387, al enumerar los hechos que la mujer no puede llevar á cabo sin licencia del marido, respecto de los parafernales,

y no comprender entre ellos los actos de administración de los mismos, confirma de modo evidente el propio indiscutible derecho de la mujer para la administración *por sí*, y, por consiguiente, su capacidad para contratar y obligarse en actos de tal administración, sin necesidad de la licencia del marido ni de la judicial en su defecto, en cuanto se refiere á la de los bienes parafernales.»

«Los casos en que hoy necesita la mujer la licencia del marido, dice á su vez el Sr. Alcubilla, para contratar sobre sus bienes parafernales, son sólo los especificados taxativamente en el artículo 1387 del Código civil.»

Nos agrada esta interpretación, y la aceptamos como la más simpática y probable; pero no podemos menos de notar que no es tan clara é indiscutible como se pretende. Desde luego el artículo 1384, y la salvedad que con relación al mismo contiene el 59, mucho probaría si en realidad existiese una incompatibilidad absoluta entre el derecho de administrar la mujer, y la facultad del marido para interponer su licencia; pero todas las sentencias antes citadas demuestran que el Tribunal Supremo no estimó nunca que existiese tal incompatibilidad, sino que, antes al contrario, resolvió con repetición que debían coexistir ambas facultades como compatibles. Resulta, pues, que en esa parte la cuestión sigue idéntica, porque el Código repite los preceptos de la ley de Matrimonio civil.

La salvedad final del artículo 61 del Código, como la del 49 de dicha ley, sólo prueba que hay casos en los cuales la mujer puede obrar sin licencia de su marido; más como esos casos son, al parecer, los de los arts. 62 y 63 del Código, y en su sección, que era el lugar oportuno, nada excepcional se establece con relación á los parafernales, falta base para sacar como cierta una conclusión, que sólo como dudosa ó posible puede presentarse.

El argumento más importante es el derivado del art. 1387. En él sólo se habla de actos de enajenación ó gravamen referentes á bienes parafernales y de comparecencia en juicio para litigar sobre ellos. Pero este precepto, después del general del

art. 61 y del especial para la contratación del 1263, ¿no parece indicar más bien que para tales actos, á pesar de su trascendencia jurídica, considera el legislador bastante esa licencia, sin negar por ello que tambien sea necesaria para los demás relativos á los mismos bienes, ó sin pensar en esos otros actos de que no se ocupa? El art. 1387 corresponde, en los bienes parafernales, al 1361 en los dotales, y se determina que los requisitos para la enajenación son distintos, legislando sólo sobre los puntos concretos á que se refieren, y sin negar ni afirmar nada en cuanto á actos diferentes.

Los bienes de la mujer casada son dotales ó parafernales; pero la administración de los dotales corresponde al marido. Si eliminamos aquellos contratos que envuelven la disposición ó transmisión de los bienes, ¿á cuáles puede referirse el núm. 3.° del art. 1263, al afirmar que por regla general la mujer casada no puede prestar consentimiento? Como una cosa es disponer y otra contratar, y como los contratos de la mujer casada han de referirse á sus bienes parafernales casi exclusivamente, ¿cómo deducir que en la salvedad final del art. 1263 se alude á la administración de la mujer en tales bienes, exceptuando lo que realmente formaría la regla general?

Los artículos 995 y 1053 se refieren comúnmente á bienes parafernales, una de cuyas fuentes más importantes es sin duda el legado ó la herencia. Sin embargo, dichos artículos no contienen excepción alguna; la mujer casada empieza indudablemente por no poder adquirir una herencia, sea dotal ó parafernal, á no ser que su marido se lo consienta, y continúa no pudiendo dividir ó partir esos bienes por sólo su voluntad. Esto, con el art. 61 y con el 1263, también sin referencia alguna expresa á bienes parafernales, lo que prueba es que aún sigue siendo dudosa la cuestión, aunque con algo más de apoyo para su resolución.

Este mayor apoyo lo presta, á pesar de todo, el art. 1387, no sólo por lo que dice, sino hasta por la forma ó manera de decirlo. Después de conceder á la mujer la administración de sus

parafernales, la frase *no puede enajenar* parece una restricción de la facultad concedida. Es como si el legislador estableciese que la mujer en el ejercicio de su administración había de gozar completa libertad; pero no hasta el punto de poder enajenar, gravar y comparecer en juicio sin licencia de su marido.

El Tribunal Supremo tiene, pues, una base no despreciable en el art. 1387, para resolver la cuestión en el sentido de la mayor libertad posible para la mujer, pues aun no habiendo incompatibilidad absoluta, no cabe duda de que es más nominal que real una administración que á todas horas necesita la intervención ajena.

Ya existe una sentencia del Tribunal Supremo en tal sentido, y de ello nos felicitamos: la doctrina es bastante explícita. Una mujer casada, separada de hecho de su marido, arrienda sus bienes parafernales, recauda rentas y nombra administradores sin autorización de su marido; pretende éste que se declare que para dichos actos es indispensable su licencia; la Audiencia absuelve á la mujer, é interpuesto recurso, se declara en 8 de Noviembre de 1898, que «la administración que á la mujer confiere el art. 1384 del Código, respecto de sus bienes parafernales, implica la facultad de contratar sobre ellos con la sola limitación contenida en el art. 1387, sufragando consiguientemente por sí los gastos de aquélla, sin perjuicio de las responsabilidades á que están afectos, según el 1385».

Como consecuencia de todo lo expuesto, concluiremos, que aunque el Código civil no ha resuelto esta debatida cuestión con la claridad y precisión que fuera de desear, es, sin embargo, la interpretación más racional del art. 1384 en relación con el 1387, la que concede á la mujer libertad en la administración de sus bienes parafernales, no estimando necesaria la licencia marital más que para los actos taxativamente marcados en los artículos 1387, 995 y 1053. Las salvedades de los artículos 61 y 1263, aunque vagas y generales, consienten esta solución, pues al fin demuestran que hay casos en los que la mujer casada no necesita la licencia del marido, y esa misma generalidad permite

suponer que entre esos casos se encuentra la administración concedida á la mujer en el art. 1384.

SEGUNDO. *Administración de bienes parafernales por la mujer menor de edad.* — En vista de la solución dada al problema anterior, la mujer casada, con relación á los actos de administración de sus bienes parafernales, queda equiparada á la mujer soltera ó viuda; pero no puede olvidarse que el matrimonio produce de derecho la emancipación del menor, y, por tanto, que cuando la mujer casada es menor de edad, solo puede equipararse á la soltera en el caso de hallarse ésta también emancipada.

Los efectos de la emancipación por el matrimonio, se determinan en el art. 315, en relación con los 59 y 50. Tenemos además, como expresión del mismo principio, lo dispuesto en el artículo 1442 para el caso de transferirse á la mujer la administración de los bienes del matrimonio, é independientemente limitaciones especiales derivadas del art. 1387.

La mujer casada administra, por consiguiente, en principio con iguales facultades y con idénticas limitaciones que el marido menor, esto es, libremente, salvo los actos importantes de disponer de sus bienes inmuebles ó tomar dinero á préstamo, cuando sea mayor de diez y ocho años; con consetimiento de su padre, madre ó tutor, cuando sea menor de esa edad. Para disponer de sus bienes no inmuebles y comparecer en juicio, necesita en todo caso la licencia marital.

Luego no tratándose de actos que excedan las facultades de un administrador, la mujer casada mayor de diez y ocho años, administra con completa independencia.

TERCERO. *Administración de los bienes parafernales, cuando no se la reserva la mujer ni la entrega al marido.*—Entre las dos situaciones perfectamente claras y definidas que distingue el Código: administración de los bienes parafernales por la mujer, ó entrega al marido en escritura pública para que los administre, cabe una situación intermedia, tal vez la más frecuente, de la que no se ocupa determinadamente la ley. La mujer aporta al matrimonio bienes ó los adquiere durante él, y deja que el ma-

rido los administre. No hay constitución dotal, no hay entrega solemne ante Notario, porque todo esto supone formalidades que aunque son útiles, originan gastos y molestias. Los bienes son parafernales desde luego: el marido no tiene la obligación de constituir hipoteca, ni las demás derivadas de equiparar dichos bienes á los dotales inestimados. ¿Qué relaciones jurídicas se crean entre los cónyuges y con relación á terceros?

La situación á que nos referimos sólo puede significar lo que es realmente una administración ó apoderamiento general conferido por la mujer al marido con relación á sus bienes, que forzosamente ha de regirse en todo por las reglas generales del mandato.

Esta situación hace que en la práctica el marido por sí solo, á pesar de lo dispuesto en el art. 1383, realice ciertos actos, ó aun ejercite ciertas acciones como administrador respecto á bienes parafernales, actos ó acciones que dentro de sus límites deben estimarse eficaces como derivados del mandato, si bien exigirán la prueba de él, pues no justificándose tal extremo, la regla es la del mencionado art. 1383: el marido ha de obrar con consentimiento de la mujer.

En efecto, el contrato de mandato es de los permitidos entre los cónyuges, y así como la mujer puede apoderar á un tercero, nombrando uno ó varios administradores, con mayor razón puede y debe en tales casos apoderar á su marido, ó dejar en sus manos la administración de sus parafernales, sin que en tal caso haya razón para aplicar otras reglas que las naturales y propias del acto, ya que no pueden regir las relativas á la administración de bienes dotales inestimados, por no haberse cumplido para ello con los requisitos legales.

C) *Jurisprudencia.*—Queda expuesta en el comentario. Aplica además este artículo la Resolución de la Dirección de los Registros de 1.º de Diciembre de 1892.

D) *Códigos extranjeros*—Concuerda nuestro art. 1384 con los 1144 y 1145 del de Guatemala, si bien en este no se exige la entrega en escritura pública y bajo fe de Notario.

Según los artículos 1428 al 1430 del código de Italia, y 1577 al 1579 del de Francia, si la mujer diere al marido poder para administrar sus bienes parafernales, con obligación de darle cuenta de los frutos, se le considerará respecto de ella como cualquier otro apoderado. Si disfruta los bienes el marido con oposición de la mujer, responde de los frutos existentes y de los consumidos; si los disfruta sin poder, mas sin oposición, sólo responde, al ser demandado, de los frutos existentes.

Según el código de Alemania, á los bienes exceptuados se aplican las reglas relativas á la separación de patrimonios.

ARTÍCULO 1385

Los frutos de los bienes parafernales forman parte del haber de la sociedad conyugal y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

También lo estarán los bienes mismos en el caso del artículo 1362, siempre que los del marido y los dotales sean insuficientes para cubrir las responsabilidades de que allí se trata.

ARTÍCULO 1386

Las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales, á menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia.

A) *Precedentes legales.*—La ley 17, tít. 11, Partida 4.ª, tantas veces citada, equiparaba los bienes parafernales á los dotales, si bien debía entenderse para el caso de haber sido entregados al marido. Nada se determina en dicha ley con relación á frutos.

La ley 3.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, consideraba comunes los frutos de los bienes privativos de cada cónyuge.

B) *Comentario.*—En el sistema de separación de patrimonios, véase el art. 1434.

Los arts. 1385 y 1386 que vamos á comentar, están dictados bajo la base de regir el sistema de gananciales, y están en relación con el núm. 3.º del artículo 1401.

Los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes parafernales deben, pues, ingresar como gananciales en la sociedad conyugal, y destinarse, como todos los demás procedentes de cualesquiera otros bienes de la misma sociedad, al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Estos artículos no establecen distinción alguna, ni la conceptuamos tampoco procedente. Ya se administren los bienes por el marido ó por la mujer, los frutos se consideran gananciales; sólo excepcionalmente ó mediante prueba de su inversión, quedan afectos á las obligaciones personales del marido, y los bienes mismos responden, en defecto de los dotales, de los gastos diarios usuales de la familia.

El art. 1386 contiene una limitación á la primera parte del 1385.

Examinados ambos artículos en conjunto, observaremos dos preceptos esencialmente distintos: uno, relativo á los frutos de los bienes parafernales, y otro, á los mismos bienes.

I. *Frutos.*—Como ya expusimos en otro lugar, si la mujer administra sus bienes parafernales, ella percibirá los frutos ó cobrará las rentas, pero con obligación de entregarlos al marido, que es el administrador de los bienes gananciales, para que éste los emplee en el levantamiento de las cargas del matrimonio. Cuáles sean estas cargas y, por consiguiente, hasta dónde llega la responsabilidad en general de los frutos, se determina en los arts. 1408 y siguientes, á cuyo comentario nos remitimos.

La doctrina expuesta se halla confirmada en la sentencia de 11 de Octubre de 1902, que además se hace cargo de la situación especial creada en el matrimonio por la separación convencional de los esposos, de que después nos ocuparemos. El

Tribunal Supremo declara lo siguiente: «Si bien la mujer, además de conservar el dominio de los bienes parafernales, tiene su administración, á no ser que los hubiere entregado al marido ante Notario con intención de que los administre, según el artículo 1384 del Código, como los productos de éstos se hallan sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, y en tal concepto forman parte del haber de la sociedad conyugal, cual prescribe el 1385, es evidente que la administración de tales frutos, para este efecto, compete al marido, con arreglo al artículo 59, sin que obste á la administración de los referidos bienes otorgada á la mujer por aquel precepto, y consiguientemente á los actos propios de dicha administración, que la mujer puede realizar hasta obtener aquéllos.»

Conviene en lo sustancial con esta sentencia la de 5 de Mayo de 1894, según la cual, tratándose de bienes parafernales administrados por la mujer, los resguardos de los valores públicos, como títulos representativos de la propiedad de los mismos, deben estar en poder de la mujer, ó entregársele á ella por el marido, aunque con la obligación por su parte de ingresar en la sociedad conyugal los frutos ó rentas que produjesen.

El art. 1386 quiere, sin embargo, que esos frutos ó rentas sólo respondan de las obligaciones contraídas por el marido, cuando se pruebe que redundaron en provecho de la familia.

Resulta de aquí que el marido es el administrador de la sociedad conyugal, que la obliga con sus actos, y por ello los bienes gananciales en general responden, con arreglo al art. 1408, de todas las deudas y obligaciones contraídas por el marido durante el matrimonio, presumiéndose hechas en interés de la sociedad, hasta el punto de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1413, sus actos ó contratos sobre los mismos son desde luego válidos, á no probarse que se han celebrado en contravención al Código ó en fraude de la mujer. Y sin embargo, si los gananciales de que se trata son los frutos ó productos de los bienes parafernales, en caso de duda sobre su verdadera inversión, no es la mujer quien ha de probar el fraude ó la ilegalidad

del acto; es el marido ó el acreedor quien tiene que justificar que las obligaciones contraídas redundaron en beneficio de la familia.

No hay, desde luego, contradicción entre los preceptos de los arts. 1408 y 1386; hay sólo una regla general contenida en aquél, y una excepción contenida en éste. El art. 1386, como especial, modifica la regla, y ha de aplicarse siempre que las obligaciones personales contraídas por el marido quieran hacerse efectivas en frutos ó rentas de los bienes parafernales de la mujer.

La frase «obligaciones personales» se reduce á deudas ú obligaciones contraídas privativamente por el marido, deudas y obligaciones que son desde luego propiamente personales ó no reales, pues si se reclamase contra bienes ó derechos especial y legalmente afectos al cumplimiento de la obligación, no podría haber inconveniente para que ésta se hiciese efectiva. Por lo demás, el espíritu del precepto es que el marido no puede aprovecharse en interés propio ó para atenciones privativas ó personales suyas, de los frutos de los bienes parafernales; que éstos se destinen á las verdaderas necesidades y cargas de la sociedad conyugal, y, por tanto, se empleen, como deben, en beneficio de la familia.

Son atenciones propias de la sociedad, que desde luego benefician á la familia, el pago de réditos ó atrasos devengados durante el matrimonio por obligaciones á que estuviesen afectos los bienes privativos del marido, ó de la mujer, ó los gananciales; las reparaciones menores de los bienes de cada cónyuge; las reparaciones mayores ó menores de los bienes gananciales; el sostenimiento de la familia; la educación y colocación de los hijos, y, en general, las deudas y obligaciones contraídas por el marido para dichos fines ó en interés exclusivo de la sociedad.

Cuando se trata de un préstamo contraído de mancomún por el marido y la mujer, con garantía de una finca propia de ésta, es claro que el art. 1386 no es aplicable, y así tuvo que decla-

rarlo, aunque el caso no debía ofrecer duda alguna, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Abril de 1898. Aun sin la expresada garantía, puede afirmarse lo mismo, por lo menos siendo solidaria la obligación, por no tratarse de obligaciones peculiares del marido; pero en este caso cabría cuestión si pudiera justificarse que la deuda se contrajo en provecho exclusivo de él, y no en beneficio de la familia. Nos expresamos así porque en las condiciones supuestas parece racional establecer la presunción en favor del acreedor.

El precepto del art. 1386 tiene su propia esfera de acción en las relaciones entre los acreedores y el marido, jefe de la sociedad conyugal; se opone, en realidad, á que dicho marido pague, aun voluntariamente, sus deudas personales con frutos de bienes parafernales; pero se opone principalmente á que los acreedores puedan cobrar á la fuerza, ó hacer efectivos judicialmente esos créditos sobre tales frutos. De todos modos, el precepto obliga á los acreedores á ser precavidos y no facilitar fondos al esposo en el caso de saber ó sospechar que carece de bienes y que sólo existe caudal privativo de la mujer, mientras no conozcan previamente su inversión ó destino.

Los frutos de los bienes parafernales son en principio (artículo 1385) bienes gananciales, cuya administración, representación y defensa corresponde, también en principio, al marido. Esto ha de ocasionar dificultades prácticas en la aplicación del artículo 1386, porque el mismo deudor es quien legalmente parece llamado á negarse al pago, á título de defensor de los intereses de la familia. Sin embargo de ésto, tal vez teniendo en cuenta la situación anómala de los frutos en el art. 1386, viene prácticamente admitiéndose en los Tribunales á la mujer, con acción y derecho bastantes para defender en tales casos los frutos de sus bienes y los intereses de la sociedad. Así se observa en los casos que motivaron las sentencias de 9 de Abril de 1898 y 10 de Abril de 1901, aunque en ésta se alegaba existir separación de bienes.

El marido contrae una deuda, sin que conste su objeto de-

terminado. Para obtener el cobro el acreedor, entabla el juicio procedente y obtiene embargo, que se lleva á efecto, en frutos ó rentas de los bienes parafernales. El embargo sólo debe prosperar, y hacerse en su consecuencia efectiva la deuda en tales frutos, cuando se justifique que redundó en beneficio de la familia. La prueba puede ser anterior al embargo, y así debe ser cuando medie desde el principio oposición, ó reconocimiento de la deuda y alegación de la imposibilidad de realizarse el pago por no existir otros bienes que los parafernales y no haberse contraído la obligación en beneficio de la familia. Pero de ordinario no ocurrirá así, y sólo después del embargo se interpondrá tercería ó acción de nulidad, según las circunstancias, que obligará al acreedor á realizar la prueba exigida en el artículo 1386.

Con arreglo á este artículo, parece que los frutos de los bienes parafernales no deben formar parte del activo de la quiebra del marido ni entregarse á la sindicatura de la misma mientras no se pruebe el provecho de las deudas para la familia. (Véase la sentencia de 10 de Abril de 1901.)

Puede ocurrir que la sociedad conyugal no exista de hecho; que los cónyuges se hallen separados convencionalmente. Esta situación especial no es jurídicamente apreciable. Con arreglo á la ley, el lazo no está roto, el matrimonio subsiste, y pueden existir cargas que cumplir. En virtud del párrafo 1.º del artículo 1385, y del núm. 3.º del 1401, no cabe duda que á pesar de esa situación especial, el marido sigue siendo el administrador legal de los bienes gananciales, y, por lo tanto, de los frutos de los parafernales, que deben seguírsele entregando para el cumplimiento de las cargas que puedan existir, siendo él solo responsable de su inversión.

Pero, como hemos visto, el art. 1386 impone, con relación á esos frutos, una limitación, que obliga en ciertos casos á probar su inversión en beneficio de la familia. Tal limitación no puede menos de influir en la situación supuesta de separación convencional entre los cónyuges, porque si la mujer administra sus

parafernales, si atiende por sí sola á su sostenimiento y necesidades diversas, y no existen hijos que alimentar, ni educar, ni colocar; si no hay cargas de la sociedad conyugal que cumplir, puede darse el caso de que el marido reciba los frutos de los bienes parafernales y los destine exclusivamente al cumplimiento de sus obligaciones personales, contra la prohibición contenida en el art. 1386.

La cuestión ha sido llevada al Tribunal Supremo en dos distintas ocasiones.

En la sentencia de 11 de Octubre de 1902, se declara que una separación convencional no puede ser apreciada en derecho, y además, como estado de hecho, no revela por sí sola que no existan cargas matrimoniales, á cuyo sostenimiento deben contribuir los frutos de los bienes parafernales, y mucho menos cuando en el caso del recurso se hallaba probado que existía un hijo del matrimonio, respecto del que incumbe al padre en primer término cumplir determinadas obligaciones.

En la sentencia de 8 de Noviembre de 1898 y en un caso análogo, se releva á la mujer de la obligación de entregar á su marido los frutos ó productos de sus bienes, por no haberse justificado que existiesen cargas del matrimonio de que debieran responder dichos productos, y resultar por el contrario de la apreciación del Tribunal inferior, no existir dichas cargas por vivir separados de hecho los cónyuges.

Parece, pues, combinando ambas sentencias, que en caso de mediar separación convencional de los esposos y administrar la mujer sus parafernales, debe estarse, respecto de la entrega de frutos al marido, al resultado de la prueba de existir ó no cargas en el matrimonio, siendo esta una cuestión de hecho sujeta á la apreciación de los Tribunales.

Del mismo modo, la cuestión relativa á si las obligaciones contraídas por el marido redundaron ó no en provecho de la familia, queda también sujeta al resultado de la prueba y á la apreciación judicial, según las especiales circunstancias de cada caso, ya se suscite tal cuestión entre el marido y la mujer, por

pretender aquél pagar indebidamente con los expresados frutos, ya entre el matrimonio y un acreedor, como es lo más frecuente, ya entre dos acreedores por obligaciones de distinto carácter, una de las cuales no deba hacerse efectiva en productos de los bienes parafernales.

Los preceptos de los artículos 1385 y 1386 en cuanto á frutos, se conforman con la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo antes de regir el Código.

Según las sentencias de 1.º de Marzo de 1867, 7 de Enero de 1882 y 27 de Octubre de 1883, los frutos de los bienes parafernales se entregan al marido como jefe de la familia y administrador de la sociedad conyugal, con la preferente obligación de atender con ellos á las cargas del matrimonio.

Con arreglo á las de 10 de Febrero y 2 de Noviembre de 1883 y 22 de Noviembre de 1888, dichos frutos no responden de las obligaciones personales del marido, sino en cuanto redundan en provecho de la sociedad conyugal.

Según las de 11 de Julio de 1881 y 9 de Junio de 1883, las deudas que contrae el marido durante el matrimonio, y en el ejercicio de su industria ó profesión, con la cual contribuye al sostenimiento de la familia, no pueden considerarse como personales y privativas suyas, ni exceptuarse de su pago con los productos de los bienes propios de la mujer, que responden á dicho sostenimiento.

II. *Responsabilidad de los bienes parafernales por gastos diarios usuales de la familia.*—Se establece en el párrafo segundo del art. 1385 que seguimos comentando.

De este artículo, combinado con el 1362, se deduce que por gastos diarios usuales de la familia, responden los bienes de la sociedad y de uno ú otro de los cónyuges, por el orden siguiente: 1.º Bienes gananciales. 2.º Bienes propios del marido. 3.º Bienes dotales inestimados. 4.º Bienes parafernales.

Nos referimos, con relación á este punto, á lo expuesto en el comentario del art. 1362.

Pero si con relación á deudas y cargas de la sociedad con-

yugal, los bienes parafernales en sí mismos, sólo responden en último término y en el caso expuesto; con relación á las deudas y obligaciones peculiares á la mujer, anteriores al matrimonio, ó contraídas válidamente durante él con motivo de la administración que le corresponde, los bienes parafernales responden, con preferencia á todos los demás, excluyendo naturalmente sus frutos que son gananciales.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1900, declara que es de la responsabilidad de la mujer el pago de honorarios á su defensor en los pleitos que sostuvo con su marido, cuando ella contrató en su propio nombre ese arrendamiento especial de servicios, sin perjuicio de repetir contra los gananciales, caso de haberlos, y de poder ser legalmente obligada la sociedad conyugal por tales deudas.

C) *Códigos extranjeros.*—Los códigos de Francia, Italia y Guatemala, no contienen artículos concordantes con los de este comentario.

ARTÍCULO 1387

La mujer no puede, sin licencia de su marido, enajenar, gravar ni hipotecar los bienes parafernales, ni comparecer en juicio para litigar sobre ellos, á menos que sea judicialmente habilitada al efecto.

A) *Precedentes legales.*—No determinaban nuestras leyes antiguas formalidades especiales para los actos de enajenación ó gravamen de los bienes parafernales por la mujer, porque en verdad no eran necesarios. Regían preceptos más generales, y con arreglo á ellos, la mujer, por ser casada, necesitaba la licencia de su marido, y en caso de ser menor, debían además cumplirse los requisitos marcados para la enajenación de bienes de menores emancipados.

La ley Hipotecaria, en su art. 191, copiado en los precedentes relativos al art. 1361, sin razón bastante que justificase su pre-

cepto, exigió que para la enajenación y gravamen de los bienes parafernales inscritos con dicha cualidad, se cumpliesen los requisitos del derecho común, y además los del 188, que requiere que dichos actos se verifiquen en nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges, sin distinguir el caso de pertenecer la administración al marido ó á la mujer.

B) *Comentario.*—El art. 1387 no distingue entre bienes muebles é inmuebles, los comprende todos, porque aun cuando los inmuebles tengan más importancia, no cabe duda que la disposición de cualquier clase de bienes es un acto de trascendencia que influye en los frutos é interesa á la sociedad conyugal. En unos y otros bienes van incluídos los derechos reales sobre los mismos.

El art. 1387 comprende todo acto de enajenación y gravamen (la hipoteca es uno de los muchos gravámenes que pueden imponerse sobre los bienes). Aunque el Código emplee á veces la palabra «enajenar», como sinónima de vender, no cabe duda de que en este artículo hay que entenderla en su sentido más amplio. No se concibe que puedan exigirse distintos requisitos para donar, transigir, ceder ó adjudicar á título oneroso bienes parafernales, que para venderlos. Lo mismo se entiende respecto á la constitución de derechos reales, incluyendo entre ellos el de arrendamiento inscribible, verdaderos gravámenes ó limitaciones del dominio. Y como la enajenación, en suma, significa desprendimiento de derechos, claro es que el artículo comprende también los actos de extinción total ó parcial de derechos reales (cancelación de hipotecas, redención de censos, pérdidas ó reducciones de garantías, extinción de servidumbres, etc.)

Por último, en el precepto del art. 1387 no influye tampoco el hecho de ser administrados los bienes por el marido, ó conservar la mujer su administración. Los actos á que dicho artículo se refiere, exigen siempre que la enajenación ó gravamen se haga por la mujer, más con licencia de su marido, y que sólo con este requisito pueda la mujer comparecer en juicio.

No obsta á esta conclusión lo dispuesto en el art. 1389, por-

que en éste se trata exclusivamente de actos de administración, y no de disposición de los bienes: sólo cabe excluir el dinero y los bienes fungibles en general, pues administrando el marido, responde de otro tanto de la misma especie.

Ahora bien, la mujer casada puede ser mayor ó menor de edad. El artículo tampoco distingue. Examinaremos ambos casos con separación.

I. *Mujer casada mayor de edad.*—No cabe duda de la absoluta aplicación del art. 1387 que vamos á comentar. Este artículo supone que la mujer es la que enajena ó grava, y es quien comparece en juicio, y sólo exige para la validez ó eficacia de tales actos, en principio, la licencia del marido.

Dicha licencia puede suplirse por la habilitación judicial. Este medio debe considerarse como subsidiario; la mujer sólo ha de pedir la habilitación judicial, cuando por cualquier circunstancia ó razón legítima, no pueda obtener la licencia de su marido. El recurso es, además, aplicable, lo mismo cuando deba la mujer comparecer en juicio para litigar con relación á sus bienes parafernales, que cuando haya de enajenarlos ó gravarlos.

En este punto se han suscitado dudas nacidas de otros preceptos del mismo Código. En el art. 60 se concede á la mujer la facultad de comparecer en juicio mediante habilitación judicial en defecto de la licencia del marido; pero en ningún otro se habla en dicha sección de ese medio extraordinario y justo en casos anormales, lo que en opinión de muchos significa que, para enajenar, gravar, adquirir y contratar en general, la licencia del marido es insustituible.

No corresponde examinar aquí ese problema. En el art. 1387 no hay razón para resucitarle: aunque la excepción aparezca en él más inmediata á la comparecencia en juicio para litigar, que al gravamen ó la enajenación, es indudable que abraza ambos extremos. La letra es clara y no consiente racionalmente otra interpretación, y el espíritu aun es más claro y evidente.

Dueña la mujer de los bienes parafernales, y administradora de ellos en principio ó como regla general, no puede quedar

á merced completamente de la voluntad de su marido, viéndose reducida á no disponer, aun siéndole necesario ó útil, mientras su marido no se lo consienta, ó cuando no pueda darle su licencia. Si la oposición en su caso es racional, el juez no concederá la habilitación; pero si no lo es, ó existe una imposibilidad material para que oportunamente se preste, la justicia y la lógica exigen que se conceda á la mujer ese recurso para poder obrar. Podría discutirse, tratándose de otra clase de bienes; pero en cuanto á los parafernales, la facultad de suplir la licencia del marido con la del juez, se imponía de un modo irresistible: lo contrario sería dejar sujeta á la mujer, por virtud de la ley, á un yugo y á una tiranía tanto más inconcebible, cuanto más irremediable.

La mujer casada, por consiguiente, debe obrar con licencia de su marido, y cuando no pueda prestarla, sin mediar separación legal de bienes, ó no quiera hacerlo, sin razón justificada ó causa legítima, á juicio de la mujer, tiene ésta el recurso de pedir, con arreglo á los trámites marcados en la ley de Enjuiciamiento civil, la habilitación judicial correspondiente.

En caso de separación de bienes durante el matrimonio, véase el art. 1444.

La licencia del marido tiene en el art. 1387 la misma significación que en todos los demás del Código que exigen ese requisito. No suple defecto alguno de capacidad de la mujer para contratar y obligarse: es una facultad personalísima concedida al jefe de la familia para mantener el buen orden en ella, como afirma la Dirección de los Registros, ó para evitar los perjuicios y daños que pudieran originarse sin esa intervención á la sociedad conyugal, como afirma el Tribunal Supremo. (Resolución de 24 de Enero de 1898, y sentencias de 27 de Junio de 1866 y 30 de Enero de 1872.)

La falta de licencia marital no hace el acto nulo, sino de posible anulación, á instancia del marido ó sus herederos, y por eso hoy se admiten á inscripción los actos otorgados por la mujer sin tal requisito, haciendo constar esa circunstancia, como

hicimos notar al final del comentario del art. 65, segunda edición de esta obra. (Resoluciones de 23 de Noviembre de 1892, 22 de Agosto de 1894 y 31 de Marzo de 1898.)

En cuanto á la comparecencia en juicio, téngase presente que sólo se exige la licencia del marido ó la habilitación judicial en su defecto al objeto de *litigar*, y que no es, por tanto, necesaria en actos de jurisdicción voluntaria, cuando la mujer administra sus parafernales. Tampoco necesita habilitación la mujer para litigar con su marido.

II. *Mujer casada menor de edad.*—Tratándose de bienes *muebles* y mujer mayor de diez y ocho años, rige la doctrina antes expuesta.

Tratándose de actos de enajenación y gravamen de bienes *inmuebles*, la opinión se halla muy dividida, pretendiendo unos que hay que atenerse solamente al art. 1387, que no distingue, y debe aplicarse á la mujer menor de edad, lo mismo que á la mayor, y queriendo otros que se tenga en cuenta lo dispuesto en el art. 317 ó en el 1361. Al comentar el art. 317, dejamos la cuestión para este lugar.

La Dirección general de los Registros ha entendido en multitud de recursos relacionados con esta interesante cuestión.

En la Resolución de 3 de Junio de 1890 se desecha desde luego la pretendida necesidad de la autorización judicial, sentando la doctrina siguiente:

«El art. 317 del Código establece una regla general que abarca todos los casos de emancipación, y es aplicable á todos los emancipados, sean hembras ó varones, cuya regla consiste en que el menor queda habilitado para regir su persona y bienes, como si fuera mayor, sin más limitación que la de necesitar el consentimiento de su padre, madre ó el de su tutor para los actos que el mismo artículo determina, y entre ellos el de vender bienes inmuebles.

»Para afirmar que la emancipación de que trata el art. 317 es tan sólo la voluntaria, y el menor á que se refiere es varón,

es preciso distinguir donde la ley no distingue, y esto no es lícito en buenas reglas de hermenéutica jurídica.

»Conocido el principio porque se rige la capacidad legal de la mujer casada menor de edad, lo único que importa es averiguar las excepciones que con arreglo al mismo Código limitan la generalidad de aquél.

»Entre los diversos artículos que han de ser tenidos en cuenta, tan sólo dos hallamos que modifiquen la regla contenida en el 317: el art. 61, que, obedeciendo á un principio de orden en el seno de las familias, no consiente que la mujer contrate sin licencia ó poder de su marido; y el 1361, que, en consideración á la índole jurídica de los bienes dotales inestimados, prescribe que si la mujer fuese menor, no pueden ser enajenados ó gravados sino con licencia judicial é intervención de las personas señaladas en el art. 1352.

»De estas dos restricciones, únicamente la primera es, por su naturaleza, permanente, como que obedece á la situación que ocupa la mujer dentro de la familia; mas la otra, circunscrita por el mismo texto legal á determinados bienes, no puede ni debe ser extendida á otros distintos, por impedirlo el art. 317; que, dada su generalidad, no admite más excepciones que las que el Código clara y categóricamente tiene establecidas.

»De lo expuesto se infiere que para la enajenación de los bienes inmuebles *parafernales* propios de una mujer menor de edad, basta la licencia ó poder de su marido y el consentimiento de las personas que el art. 317 enumera, sin que sea además indispensable el requisito de la licencia judicial, no exigida, en verdad, en cuanto á tales bienes, por precepto alguno del Código.

»Otra interpretación del citado art. 317 llevaría á la consecuencia de que una mujer soltera menor de edad, emancipada por concesión paterna, no ha menester para vender sus bienes muebles más que del consentimiento de su padre; mas si contrajere matrimonio, necesita, además de ese consentimiento y de la licencia marital, la autorización del Juzgado; siendo notorio que si aquella licencia es cosa inherente á la mudanza de es-

tado de la menor y por ende lógica y natural, en cambio no se concibe que, según sea la causa que motivó la emancipación de la menor, así sea ó no necesaria la autorización judicial.»

La Dirección general, en esta tan clara como explícita Resolución, aun tratándose de bienes parafernales, no se ocupa para nada del art. 1387, lo cual hasta parece inconcebible; interpreta el 317, y trata, sobre todo, de hacer constar que la autorización judicial no es necesaria.

Pero ya en relación con el art. 1387, la misma Dirección vacila y cambia de doctrina, acabando por afirmarse cada vez más en la idea de que ni aun el art. 317 es aplicable á las enajenaciones de bienes parafernales otorgadas por mujer casada menor de edad, las cuales deben ser consideradas perfectamente válidas con sólo la licencia del marido. En tal doctrina se inspiran las Resoluciones de 14 de Diciembre de 1896, 21 de Diciembre de 1898, 20 de Diciembre de 1899, 24 de Enero, 26 de Abril y 12 de Septiembre de 1901.

De la de 24 de Enero del último citado año tomamos los fundamentos de esta doctrina, que son los siguientes:

«El único precepto del Código que fija los requisitos especiales que ha de cumplir toda mujer casada, mayor ó menor de edad, para enajenar, gravar ó hipotecar los bienes parafernales, es el consignado en el art. 1387, según el cual tiene perfecta capacidad para celebrar dichos actos con sólo la licencia del marido, á menos que sea judicialmente habilitada al efecto.

»No es aplicable el art. 317 porque dicho precepto se limita á establecer los efectos de la emancipación, tomada esa palabra en un sentido estricto y etimológico, esto es, como expresión del acto por el cual el padre ó la madre sacan ó libran espontáneamente de su potestad á los hijos, y de ningún modo en un sentido más amplio y general comprensivo de todos los actos por los que aquéllos quedan libres de la patria potestad.

»Confirman y corroboran el sentido estricto en que el legislador ha empleado en el citado art. 317 la palabra «emancipación» dos circunstancias muy importantes, á saber: primera,

que éste se halla colocado después del que fija los efectos de la emancipación por el matrimonio, y entre los que tratan de la forma y requisitos del acto de la emancipación otorgada por voluntad del padre ó de la madre; y segunda, que ni dicho artículo, ni el que le precede, ni el que le subsigue hacen la menor referencia á la intervención que en los actos que hubiese de ejecutar una menor emancipada por el matrimonio, corresponden al marido, como lo hubiesen hecho, indudablemente, si la mente del legislador hubiese sido que el citado art. 317 fuera aplicable á todos los casos de emancipación indistintamente.

»Si bien es admisible la hipótesis de que en algún caso extraordinario y singular tal vez produciría resultados anómalos y aun contradictorios la aplicación exclusiva del precepto consignado en el citado art. 1387 á los actos de enajenación y gravamen de los bienes parafernales, no es menos admisible también la suposición de que puede producir iguales resultados la aplicación del art. 317, porque, ó se prescindiría del art. 1387, que exige como requisito esencial la licencia del marido, y entonces sería nulo el contrato con arreglo al art. 4.° del Código, ó, de aplicarse á la vez dicho art. 1387 y el 317, la mujer casada menor de edad quedaría sometida necesariamente, en cuanto á la enajenación y gravamen de sus bienes parafernales, á dos autoridades distintas, á saber: por un lado, la del marido, y por otro, la del padre, madre ó tutor, dando ocasión semejante dualismo á que por negar una y conceder otra la licencia para celebrar determinado contrato, se produjesen conflictos entre ambas, que cederían siempre en perjuicio de los intereses de la mujer, que el legislador se propone favorecer, y en daño de la misma sociedad conyugal.»

Con esto y afirmar que si con tal doctrina resultan contradicciones y anomalías, la culpa es del legislador; la Dirección termina la misión que se propuso de refutarse á sí misma.

No ha satisfecho en general la predicación de la nueva doctrina. Autores tan respetables como los Sres. Alcubilla, Sánchez Román, Escosura y Navarro Amandi, y por lo que se de-

duce de las Resoluciones de la Dirección de los Registros, una gran parte de los Registradores de la propiedad entienden aplicable el art. 317.

Examinados los argumentos aducidos por una y otra parte, profesamos sinceramente una doctrina especial, que en su esencia es contraria á las últimas citadas Resoluciones, y aunque igual en el fondo á la de los mencionados escritores, difiere algo en sus fundamentos.

El art. 317 no es aplicable á la emancipación por el matrimonio; sin embargo, el 1387 no basta para marcar los requisitos exigidos á la mujer casada menor de edad para enajenar ó gravar los bienes inmuebles que tienen el carácter de parafernales.

El art. 1387, como decía el Registrador de Velez Rubio, hay que relacionarlo con otros, porque lo particular y concreto de un Código no deroga lo general y abstracto del mismo, y entender en su consecuencia que el art. 1387 impone la limitación de la licencia á las mujeros casadas, pero no equipara la capacidad de éstas, sean mayores ó menores de edad, sino que subsiste distinta en uno y otro caso, conforme á lo establecido en otros lugares del Código.

«El argumento de la Dirección, de no distinguirse en el artículo 1387, dice el Sr. Escosura, sería irrefutable si en efecto fuera exacto que dicho artículo exige *sólo* la licencia marital; pero no es así. Dicho artículo es una reproducción, innecesaria por cierto, de los arts. 60 y 61. Se expresa en términos prohibitivos: la mujer, dice, *no puede* enajenar sin licencia de su marido los bienes parafernales; pero no dice que si es menor de edad pueda enajenarlos sin la intervención de otras personas, que en general se exije intervengan en la enajenación de bienes de menores».

Es fácil de demostrar que la teoría de aplicar solo el artículo 1387, porque no distingue, conduce al absurdo. Ya el citado Registrador marcaba dos anomalías inconcebibles: 1.ª Que la mujer en general no puede ser testigo ni testar hasta los 14

años, y podría enajenar desde los doce con solo la licencia de su marido. 2.ª Que la mujer casada desde dichos 12 años, gozará de una capacidad mucho mas completa que la del marido, regida y limitada por el art. 59, y mucho mayor, añadimos, que la de la misma mujer soltera ó viuda.

Y no se diga que la licencia del marido suple y completa la deficiente capacidad de su mujer menor: *Primero,* porque, como hemos dicho repetidas veces, y han reconocido, siempre que ha habido ocasión de hacerlo, el Tribunal Supremo y la Dirección de los Registros, la necesidad de dicha licencia obedece á un objeto completamente distinto, relacionado exclusivamente con la existencia de la sociedad matrimonial, razón por la cual se exige lo mismo en el caso de ser la mujer menor que en el de ser mayor de edad, y no obsta á la intervención de otras personas cuando es menor la mujer, como lo prueba el art. 1361; y *segundo*, porque precisamente cuando se trata de actos de enajenación ó gravamen de bienes de la mujer, el marido no es la persona imparcial que la ley desea para suplir la inexperiencia de la mujer menor, pues puede ser el principal interesado en que la venta se verifique, el que inste á ella por su propio interés, abusando del cariño de su esposa, ó imponiéndose como jefe dentro de su hogar, lo cual hace aun más indispensable, tratándose de mujeres casadas, que cuando estas son viudas ó solteras, la intervención del padre, de la madre, ó de otras personas que sólo consientan cuando crean deber consentir.

Por último, no es posible aferrarse á la idea de que, por no distinguir, basta aplicar el art. 1387 á las relaciones jurídicas en él marcadas, cuando se trata de mujeres casadas menores de edad, porque éste es sólo un aspecto de las cuestiones que pueden suscitarse, y la lógica obligaría á aplicarle siempre, fuesen las que fuesen las excepcionales circunstancias que pudieran presentarse. La mujer casada no es menor, pero es incapaz; no obstante, sobra aquí el consejo de familia mientras haya marido: los cónyuges están separados por demanda de divorcio, el esposo está declarado pródigo; no importa, el artícu-

lo 1387 en su generalidad no distingue; la enajenación ha de hacerse por la mujer con la licencia marital. No puede ser así en modo alguno. El art. 1387 legisla sobre una situación normal: cuando medien circunstancias excepcionales, como la menor edad de la mujer, su incapacidad, la separación de bienes impuesta durante el matrimonio etc., hay que acudir á otros lugares del Código, hay que aplicar las disposiciones especiales referentes á la anormalidad que se presente, fuera ó aparte de la licencia marital cuando pueda y deba prestarse, ó la habilitación judicial correspondiente.

Hasta aquí solo hemos demostrado la necesidad de completar el precepto del art. 1387 con otras disposiciones referentes á la capacidad de la mujer casada menor de edad, la imposibilidad racional y jurídica de aplicar solo ese precepto á todas las situaciones más ó menos anormales que puedan presentarse.

Pero ¿qué disposiciones aplicaremos siendo menor de edad la mujer? Desechamos desde luego el art. 1361, como especial para unos bienes de naturaleza distinta, no sin hacer notar que equiparados los parafernales administrados por el marido á los dotales inestimados, y no distinguiendo el 1387 en lo relativo á la administración, nace de aquí un nuevo argumento para poner de relieve la anomalía que habría de resultar de exigirse solo la licencia del marido, tratándose de los bienes parafernales, y la autorización judicial y la intervención de otras personas cuando se tratara de los dotales inestimados.

El art. 317 lo desechamos también, aunque lo juzgaríamos aplicable si no encontramos otro mas adecuado á la situación que nos ocupa. Los argumentos de la Dirección de los Registros tienen en esta parte bastante fuerza. Media además otra importante consideración. La emancipación tiene lugar por la mayoría de edad, por el matrimonio y por concesión de los padres. Que el art. 317 no se refiere á la primera causa de emancipación, es evidente, tan evidente, como que es exactamente aplicable al caso de emancipación voluntaria ó por concesión paterna. ¿Lo es también á la emancipación por el matrimonio,

única respecto á la que puede quedar duda? Lo sería desde luego si no hubiese otro artículo que especialmente se ocupase de esa causa de emancipación; pero los efectos de ella quedan marcados por el legislador en el art. 315. Y no comprendemos el empeño de que haya de aplicarse el artículo 1387 *sólo* ó precisamente con el 317, cuando hay otro artículo, especialísimo para el caso, que es el que en realidad resuelve, segun nuestro modo de ver, toda la dificultad, y que en esencia dice lo mismo que el que se pretende imponer

Debe, pues, regir cuando es menor de edad la mujer el artículo 315, que terminantemente preceptúa que el matrimonio produce de derecho la emancipación (lo mismo del hombre, que de la mujer), con las limitaciones (iguales para el uno que para el otro) contenidas en el art. 59, y en la regla tercera del 50. Si este precepto no quiere decir que lo que en el art. 59 se establece respecto al marido menor de edad, es aplicable á ambos cónyuges mediante la emancipación por el matrimonio, confesamos que no entendemos la ley ni la sabemos interpretar. Nos confunde, sin embargo, y nos hace temer algun error por nuestra parte, la circunstancia de no ver citado el art. 315 como fundamento, ni en los recursos sostenidos ante la Dirección de los Registros, ni en los autores que hemos consultado.

El art. 59 se refiere exclusivamente al marido, pero de ahí no puede en modo alguno deducirse, que al citarse en el 315 como determinante de los efectos de la emancipación por el matrimonio, quiera el legislador establecer que el matrimonio sólo produce efectos y limitaciones con relación al marido. La cita del art. 59 y del 50, regla tercera, en el 315 que, evidentemente á ambos cónyuges se refiere, equivale á reproducir en ese lugar con relación al marido y á la mujer, como igualmente emancipada por el matrimonio, las especiales limitaciones contenidas en aquéllos.

La mujer, que el Código no olvida que es de ordinario la administradora de los bienes parafernales, y puede administrar en ciertos casos todos los bienes del matrimonio, queda sujeta

en su administración á las mismas reglas y limitaciones que el marido. Así lo confirma, aunque imponiendo otras limitaciones especiales, en caso de separación de bienes durante el matrimonio, el art. 1442.

La mujer casada, menor de 18 años necesita, pues, para administrar, y con mayor motivo para disponer de sus bienes de cualquier clase, y para comparecer en juicio sobre ellos, el consentimiento de su padre, madre ó tutor.

La mujer casada, mayor de 18 años y menor de 23, administra por sí sola; pero no puede tomar dinero á préstamo, gravar ni enajenar sus bienes inmuebles, ni comparecer en juicio, sino con el expresado consentimiento de las citadas personas.

En todo caso, para disponer ó gravar bienes parafernales de cualquier clase y comparecer en juicio, necesita además la licencia de su marido, ó en su defecto, habilitación judicial.

Si el marido fuese menor de edad, ¿podrá otorgar á su mujer *por sí sólo* la licencia para enajenar ó gravar los bienes parafernales, ó comparecer en juicio para litigar sobre ellos, que exige el art. 1387, que estamos comentando? Disposición análoga contiene el art. 1361 respecto de los bienes de la dote inestimada, y en su comentario hemos planteado ya esa cuestión resolviéndola en sentido negativo, aunque el marido sea mayor de 18 años. Creemos aplicable al caso actual, la doctrina allí expuesta: véase en la página 393 y siguientes de este tomo.

Tengánse presentes las excepciones de los artículos 62 y 63, y lo dispuesto en el 50, y en los 1432 á 1444, para el caso de separación de bienes, así como lo relativo á la enajenación de bienes de incapacitados sujetos á tutela.

Rigiendo el sistema de gananciales, las capitulaciones no pueden alterar el precepto del art. 1387, que es, por su carácter, de órden público ó interés general. Menos aun puede pactarse que siendo menor de edad la mujer, se prescinda de lo dispuesto en el art. 59 en relación con el 315.

Sobre el alcance del art. 1387 en relación con el 1384, ó sea sobre la importante cuestión de si puede ejercer la mujer la ad-

ministración de sus bienes parafernales sin licencia de su marido, véase el comentario de dicho art. 1384.

III. *Derogación del art. 191 de la ley Hipotecaria.*—Exigía la ley Hipotecaria que los bienes parafernales inscritos con tal cualidad, sólo podrían gravarse ó enajenarse en nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges.

Aunque con poco fundamento, á nuestro juicio, ha sido motivo de duda si dicho precepto está ó no derogado por el art. 1387 del Código civil. La cuestión no ofrece duda alguna, porque en materia de capacidad es desde luego preferente la doctrina del Código. Así se expresa terminantemente en las Resoluciones de la Dirección de los Registros de 3 de Junio de 1890, y 24 de Enero de 1901.

En la primera de ellas, á que ya nos hemos referido, y para justificar que en la enajenación de bienes parafernales por mujer casada menor de edad es improcedente la autorización judicial, se lee: «No desvirtúa la fuerza de las anteriores alegaciones el precepto del art. 1880 del Código, pues bien se concibe, dada la letra del artículo y el espíritu que le anima, y se infiere del lugar que ocupa en el Código, que su objeto fué dejar vigente la ley Hipotecaria, en cuanto á la forma, extensión, efectos, constitución, modificación y extinción de la hipoteca, mas no que la capacidad jurídica de la mujer casada se rigiera en caso alguno más que por los preceptos de nuestra novísima legislación civil.»

En la segunda de las citadas Resoluciones se dice: «El artículo 1387 ha venido á sustituir al art. 191 de la ley Hipotecaria, y su correlativo el 188, los cuales, por hallarse en contradicción con los preceptos del Código en los arts. 1387 y 1361, han quedado derogados conforme á lo dispuesto en el art. 1976, y por consiguiente, no son aplicables al contrato de que se trata en el recurso, celebrado con posterioridad á la publicación del expresado Código civil».

No debe insistirse en esta cuestión por ser suficientemente clara. En todos los contratos celebrados después de la vigencia

del Código ha de aplicarse el art. 1387 y prescindirse de lo dispuesto en los 191 y 188 de la ley Hipotecaria.

C) *Códigos extranjeros.*—Concuerda con la segunda parte del art. 1576 del código francés y 1146 y 1147 del código de Guatemala. Añade este en los arts. 1148 y 1149 que, cuando el marido administre los bienes parafernales, no podrá enajenarlos ni gravarlos sin consentimiento de la mujer, siendo nulos en otro caso el gravamen ó la enajenación.

Ya hemos dicho que no contienen preceptos especiales sobre los bienes parafernales los códigos de Méjico, Chile, Uruguay, República Argentina, Portugal ni Venezuela.

ARTÍCULO 1388

Cuando los parafernales cuya administración se reserva la mujer consistan en metálico ó efectos públicos ó muebles preciosos, el marido tendrá derecho á exigir que sean depositados ó invertidos en términos que hagan imposible la enajenación ó pignoración sin su consentimiento.

A) *Precedentes legales.*—No existen.

B) *Comentario.*—Este artículo equivale, respecto á los bienes parafernales, al 1355 respecto á los dotales. El 1355 significa una garantia á favor de la mujer para que no experimente la pérdida de bienes muebles determinados, que al ser administrados por el marido, pueden ser por él transmitidos ú ocultados con extraordinaria facilidad. El 1388 representa á su vez una garantía en favor del marido, para que no desaparezcan esos mismos bienes ú otros análogos, cuya administración se reserva la mujer.

Es cierto que, según el art. 1387, la mujer no puede enajenar los bienes parafernales que administra, sea cualquiera su clase ó importancia, sin la licencia del marido, que equivale á su consentimiento; pero tratándose de metálico, efectos públicos ó muebles preciosos, fácil es prescindir de ese requisito y entre-

gar á tercero, ocultar ó sustraer, sin conocimiento del marido ni medios para impedirlo, cantidades, efectos ó alhajas que disminuyan el capital y, por tanto, sus productos, destinados, como es sabido, al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

No es precisamente que la ley obedezca, al dictar el artículo, á un sentimiento de desconfianza; es que preve casos excepcionales en los que conviene poner en manos del marido un arma de defensa que imposibilite actos de derroche ó prodigalidad, operaciones peligrosas ó irreflexivas, satisfacciones pueriles de la vanidad ó gastos inmoderados que perjudiquen, en primer término, á la misma mujer, y secundariamente, á la sociedad conyugal, cuyos intereses está llamado á defender. Por eso el art. 1388 no impone una regla de imprescindible aplicación, sino que da al marido un derecho para que use de él cuando y como lo crea conveniente.

Se refiere sólo el artículo al metálico, efectos públicos y muebles preciosos, y fuerza es confesar, que hubiera sido preferible expresar la idea en otros términos, porque dada la razón del precepto se comprende el alcance que debe tener, ó los bienes á que el legislador debe referirse, pero no aparecen todos en los términos que se emplean.

El *metálico* representa una idea clara, pero limitada; sólo se trata, entendiendo literalmente la palabra, de la moneda de metal, del dinero en su propia especie: oro, plata ó cobre.

Los *efectos públicos* propiamente dichos, quedan definidos en el art. 1355, representan créditos contra el Estado, las provincias ó los municipios, ó son emitidos por naciones extranjeras.

Los *muebles preciosos*, dado el precepto del art. 346, sólo pueden ser aquellos que se destinen á amueblar ó alhajar las habitaciones, y tengan bastante valor ó mérito artístico; pero no las alhajas de uso personal ni otros objetos especiales, excluídos de lo que debe considerarse como mobiliario.

El *papel-moneda*, los efectos ó valores *no públicos*, las alhajas, y en su mayoría, los bienes fungibles, no están comprendidos en la letra del precepto, y no hay duda de que debieran estarlo,

porque con la misma facilidad puede sustraerse, ocultarse ó entregarse á tercero, á espaldas del marido ó sin contar con su voluntad, un paquete de plata ú oro, que varios billetes de Banco, un título de la Deuda, que una acción de ferrocarriles ó de minas, un jarrón ó un joyero artísticos ó un buen cuadro, que una sortija ó un aderezo. ¿Interpretaremos las palabras de la ley en un sentido amplio, suponiendo que las palabras metálico y efectos públicos abarcan toda clase de valores, y la frase muebles preciosos, todos los bienes muebles de mérito ó valor? La naturaleza excepcional del artículo que envuelve una limitación en los derechos de la mujer sobre sus propios bienes cuando los administra, no autorizan la interpretación extensiva.

Este es uno de los muchos casos en que la letra de la ley está en oposición con su espiritu. Esperemos que la jurisprudencia resuelva está cuestión. Nosotros creemos que, á lo menos, la palabra metálico no debe tomarse en su sentido mas propio sino en un sentido vulgar, como equivalente á dinero ó moneda de metal ó papel. Así lo autoriza de un modo indudable el artículo 1390, según el cual el marido puede hacer uso del derecho concedido en el 1388, con relación al *precio* obtenido en la venta de bienes parafernales, cuyo precio puede ó no consistir en metálico.

El marido, con arreglo al art. 1388, puede exigir que los bienes de que se trata sean depositados ó invertidos en términos que hagan imposible la enajenación ó pignoración sin su consentimiento. No impide este derecho el ejercicio de la administración por parte de la mujer de sus bienes parafernales, ni aun los actos de disposición ó gravamen cuando se estimen útiles ó necesarios; pero no cabe duda de que representa una limitación y asegura el cumplimiento de la ley, haciendo preciso el conocimiento y la intervención del marido en los actos de trascendencia que la esposa pretenda realizar.

El depósito ó la inversión debe verificarse, á ser posible, de mutuo acuerdo. No existiendo éste, la mujer puede escoger, pues el derecho del marido consiste en exigir lo uno ó lo otro,

ya que de ambos modos queda cumplido el objeto que el legislador se propuso.

Elegido el medio, el marido debe intervenir para que el depósito se realice en un establecimiento seguro, ó la inversión tenga lugar en semovientes, en fincas, en préstamos hipotecarios, etc., algo, en fin, que sea útil y conveniente á la sociedad y de no fácil trasmisión ú ocultación. Si la mujer se negare, ó surgieren cuestiones con motivo de la inversión ó del depósito, resolverán los Tribunales.

C) *Códigos extranjeros.*—No existen concordantes en los Códigos de Francia, Italia ni Guatemala.

ARTICULO 1389

El marido á quien hubieran sido entregados los bienes parafernales, estará sometido en el ejercicio de su administración á las reglas establecidas respecto de los bienes dotales inestimados.

La ley 17, tít, 11, Partida 4.ª, en la parte transcrita con relación al art. 1384, equiparaba también los bienes parafernales administrados por el marido, á los bienes dotales.

Puede verse en el comentario del mismo art. 1384, el epígrafe: «Bienes parafernales administrados por el marido.»

Véase el comentario de los artículos 1357, 1358, 1359, 1363 y 1368.

ARTÍCULO 1390

La enajenación de los bienes parafernales da derecho á la mujer para exigir la constitución de hipoteca por el importe del precio que el marido hubiese recibido. Tanto el marido como la mujer podrán, en su caso, ejercer respecto del precio de la venta el derecho que les otorgan los artículos 1384 y 1388.

A) *Precedentes legales.*—Véanse los relativos al segundo párrafo del art. 1361.

B) *Comentario.*—Los bienes parafernales pueden ser administrados por el marido ó por la mujer.

En ambos casos cabe que sean enajenados, con las formalidades de que nos hemos ocupado en el comentario del artículo 1387. El precio ó equivalente que se obtenga pertenece en todo caso á la mujer como dueña de los bienes transmitidos.

El marido sólo queda obligado á constituir la hipoteca legal correspondiente, según el presente artículo, cuando reciba el precio, ó se le entregue por la mujer ante Notario para su administración.

Pero esto ha de entenderse en el caso de que no estuviese anteriormente asegurada la restitución. Nos explicaremos: Si los bienes parafernales vendidos eran muebles administrados por el marido, y estaba asegurada su devolución con hipoteca suficiente, ésta responde del valor de lo vendido, y la mujer no puede exigir más.

Indudablemente, como hicimos notar en el comentario del art. 1361, la ley emplea aquí la palabra enajenación como sinónima de venta, y alude á los bienes inmuebles. Estos, aunque se administren excepcionalmente por el marido, están inscritos á nombre de la mujer, y al ser vendidos se sustituyen por su precio. Si el dinero queda en poder del marido, ha de responder de su restitución y constituir la hipoteca legal correspondiente. Lo mismo ocurrirá siempre que se disponga de bienes inmuebles ó derechos reales sobre los mismos que tengan el concepto de parafernales, en términos que se obtenga un equivalente en bienes inmuebles.

Véase el comentario del art. 1361.

Del presente artículo se deduce también que la mujer al vender puede reservarse la administración del precio de la venta efectuada, en cuyo caso el marido podrá exigir que se deposite ó se invierta en términos que hagan imposible que se disponga de él sin su consentimiento, ó puede entregar ese precio á su marido, en cuyo caso podrá exigir de él la constitución de la hipoteca correspondiente.

Como el precio puede entregarse en papel-moneda, que no es propiamente metálico, y el art. 1390 no distingue, se ve con claridad que en la intención del legislador, el derecho concedido al marido en el art. 1388, no quería limitarse al caso de consistir los bienes parafernales en metálico, sino en metálico ó su equivalencia en otra clase de moneda. De otro modo no se concebiría que aportada una cantidad en billetes, no pudiera procederse á instancia del marido á su depósito ó inversión, y tomando esos billetes como precio de otros bienes de la mujer, pudiera ejercitarse ese derecho.

Cuando el marido ha de administrar el precio ó equivalente recibido, hasta tanto que se constituya la hipoteca, debe estimarse con arreglo al art. 1389, aplicable la disposición del 1359, puesto que la administración de los bienes fungibles equivale á la facultad de disponer de ellos y restituir en su día (artículo 1372) otro tanto de la misma especie, facultad que debe ejercitarse con determinadas limitaciones, cuando no está asegurada con hipoteca su restitución.

C) *Códigos extranjeros.*—Con arreglo al art. 1152 del código de Guatemala, para que la mujer tenga hipoteca en los bienes de su marido por los parafernales que él administra, es preciso que se otorgue escritura hipotecaria y se registre debidamente.

ARTÍCULO 1391

La devolución de los bienes parafernales cuya administración hubiese sido entregada al marido, tendrá lugar en los mismos casos y en la propia forma que la de los bienes dotales inestimados.

A) *Precedentes legales.*—Véase la ley 17 del tít. 11, Partida 4.ª

B) *Comentario.*—Este artículo es de mera referencia á otros. Examinada la materia en el comentario de los artículos 1365 al 1381, no debemos repetir cuanto allí quedó expuesto.

C) *Códigos extranjeros.*—Los artículos 1431 del código de Italia y 1580 del de Francia, imponen al marido que administra los bienes parafernales, las obligaciones propias del usufructuario.

BIENES PARAFERNALES EN EL DERECHO FORAL

I.—*Cataluña.*

Los bienes parafernales han tenido en Cataluña excepcional importancia. Basada sobre este punto la legislación en el derecho romano, sin disposiciones particulares del derecho catalán, pues sólo se cita la Costumbre 22 de las recopiladas por Pedro Albert, entendióse siempre que la mujer debía gozar completa libertad en el manejo y disfrute de dichos bienes, no necesitando, ni aun para gravarlos y enajenarlos la licencia marital.

Hay que tener presente que en Cataluña no rige en general el sistema de gananciales, que el marido es el obligado á sobrellevar los gastos del matrimonio, y que á ello contribuye la mujer con los frutos de sus bienes dotales y con los del esponsalicio. Por tanto, no es de extrañar que en los bienes parafernales no se conceda al marido ninguna intervención, ni aun la de que se le entreguen los frutos, aunque en caso de necesidad deba ayudar la mujer al sostenimiento de la familia.

El derecho catalán, propio ó especial, no puede ser ó no podía ser más sencillo en este punto.

A la mujer pertenece el dominio, el usufructo y la administración de los bienes parafernales, caudal privativo suyo, separado ó independiente de la dote. Puede ceder la administración y aun la propiedad al marido como aumento de dote durante el matrimonio.

La mujer en su caso administra y dispone con completa libertad, haciendo suyos los frutos y respondiendo con estos y con los mismos bienes, de sus privativas obligaciones.

Este estado especial de derecho es el que se pretende conservar, en el proyecto de apéndice del Código civil para Cata-

luña, artículos 127 y 128, y se defiende en el preámbulo con las siguientes palabras dignas de respeto y consideración:

«Con respecto á los bienes *parafernales*, la Academia de Derecho ha juzgado conveniente y lógico mantener, no sólo el dominio, sino la administración y libre disposición que á la mujer conceden las leyes 8.ª y 11, Cód. *De pactis convent.*, v. 14, la Costumbre 22 de las recopiladas por Pedro Albert, la jurisprudencia del Senado ó antigua Audiencia de Cataluña, la práctica inmemorial y la doctrina unánime de los autores. Ó los parafernales, que el Código también admite, carecen de razón de ser, ó hay que regularlos con completa lógica, sin limitaciones que desnaturalicen su esencia y contrarien el fin práctico á que responden. Estas limitaciones que el Código civil, discorde con vigorosas corrientes de la época, establece respecto á los bienes parafernales, empequeñecen la situación de la mujer dentro de la familia y de la sociedad, y á modo de reminiscencia de la tutela perpetua á que la sujetaba el primitivo derecho de Roma, cuando el cristianismo no había aún espiritualizado la grandiosa concepción de sus instituciones, contradicen el enaltecimiento de la personalidad de la esposa y de la madre, que el Código civil mismo ha tratado de afirmar en órdenes diversos de la vida jurídica. Ni el matrimonio importa una *capitis diminutio* en la mujer, que explique por exigencias imperiosas de la lógica en el desenvolvimiento de una institución, el cercenamiento de su capacidad para disponer libremente de bienes que la ley reputa ajenos á la sociedad conyugal, al levantamiento de cuyas cargas contribuye ya la mujer con su dote, ni hay ninguna razón de orden económico ó social que para mantener una organización rígida de la familia, que ha de buscarse en resortes más hondos, impida dar amplitud á la institución de los parafernales, privando así á la mujer del cumplimiento de fines levantados distintos del familiar, y aun de su cooperación á éste con la discreción y holgura que, fuera de exigencias convencionales, permite una bien entendida libertad.»

Peró hasta tanto que el proyecto sea ley, la institución de

los parafernales en Cataluña ha recibido un golpe de muerte por la jurisprudencia, dada la interpretación que en definitiva ha llegado á prevalecer con relación al art. 12, según hicimos notar en la página 123 del tomo I de esta obra, segunda edición.

Concretándonos á los parafernales, la ley del matrimonio civil en sus artículos 46, 49 y 50, se consideró aplicable á Cataluña, resolviendo la Dirección de los Registros en 4 y 13 de Junio de 1879, con vista de alguna sentencia del Tribunal Supremo, que la mujer casada necesitaba la licencia de su marido para disponer de sus bienes parafernales.

La ley del Matrimonio civil, según el art. 1.º de la de 18 de Junio de 1870 que la mandó publicar, debía aplicarse sin perjuicio de lo que disponía el derecho foral entonces vigente respecto de los efectos civiles del matrimonio en cuanto á las personas y bienes de los cónyuges; pero la Dirección general entendió que no existía en Cataluña verdadero derecho foral en la materia, por lo que, por muy atendible que fuese el origen de la práctica seguida en el Principado, y el de la interpretación en que se fundaba, no podía prevalecer en atención á la sentencia de 12 de Mayo de 1866, y mucho menos teniendo en cuenta que los frutos y rentas de los bienes parafernales están destinados á satisfacer las cargas del matrimonio, siendo este principio uno de los fundamentos de la prohibición impuesta por el derecho civil común á la mujer casada para celebrar contratos sobre sus parafernales, sin obtener previa licencia ó consentimiento del marido.

Ya en este terreno, tal vez demasiado movedizo, sólo ha habido que sustituir los preceptos del Código á los de la ley de Matrimonio civil, estimando la jurisprudencia que la capacidad de los cónyuges para contratar y obligarse se rige en todo por el Código civil. En tal sentido se han dictado las Resoluciones de 28 de Noviembre y 6 de Diciembre de 1898, 23 de Octubre de 1899, 24 de Abril y 12 de Septiembre de 1901, ésta última referente á bienes parafernales en Cataluña.

Respecto á la hipoteca legal en su caso, previa la entrega

formal al marido para su administración, rigen los preceptos de la ley Hipotecaria.

En sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Mayo de 1898, se declara que los frutos de los bienes parafernales acrecen al capital de la mujer, si no se ha concedido su usufructo al marido, ó invertido en el sostenimiento de las cargas del matrimonio.

II.—*Aragón*.

En Aragón existen bienes privativos de la mujer, como lo prueban varias observancias, pero se administran siempre por el marido y son equiparados en todo á los dotales. La Observancia 29 de *jure dotium*, según declara el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Mayo de 1898, sólo hace responsables á los bienes privativos de la mujer, de las deudas del marido cuando se contraen en beneficio de la familia.

III.—*Navarra*.

Existen en Navarra los bienes parafernales, aunque no se puede citar disposición alguna en sus Fueros que se ocupe de los mismos. Rige el derecho romano, las Partidas y la Jurisprudencia. Véase lo expuesto con relación á Cataluña.

IV.—*Vizcaya*.

Los bienes parafernales son incompatibles con el sistema usual de Vizcaya, puesto que los bienes aportados por cada cónyuge se hacen comunes durante el matrimonio, aunque después, á falta de hijos, recobren su carácter de propios del cónyuge que los aportó.

V.—*Mallorca*.

«La mujer en Mallorca, dice un autor, ó aporta su propio patrimonio cuando pasa á constituir por su unión conyugal una familia, ó espera hacerlo cuando por el fallecimiento de sus padres percibe sus derechos legitimarios, ó adquiere, por sucesión ú otro título, bienes de distinta procedencia; pero siempre en el

concepto de parafernales.» Ya dijimos que no existe de ordinario dote; sin embargo, es costumbre arraigada que el marido, mayor de dieciocho años, administre los parafernales y haga suyos los frutos, con la obligación de atender á las cargas del matrimonio.

CAPITULO V

De la sociedad de gananciales.

INTRODUCCIÓN

Llegamos al sistema admitido como legal por el legislador español para la organización del patrimonio familiar, á falta de capitulaciones matrimoniales que establezcan otro sistema distinto.

Al establecer aquel sistema, el legislador no sólo se ha inspirado en los precedentes pátrios, sino principalmente en su bondad intrínseca. Esta bondad es tal, que los mismos autores extranjeros la reconocen, estimando el régimen de gananciales preferible al establecido como legal en sus respectivos paises. Laurent confiesa los inconvenientes señalados por Maleville á la comunidad de bienes muebles admitida en el derecho francés, y añade: «los hechos han dado la razón á Maleville: puede decirse que la comunidad de ganancias, más ó menos modificada, constituye el régimen de todos los que otorgan contrato de matrimonio». Fiore defiende con calor en distintos lugares de su obra sobre la materia, un sistema que juzga insustituíble para la clase pobre, y debiera ser siempre el legal, atacando con dureza justificada el sistema de separación de bienes. Es sensible que, precisamente en nuestra patria, exista una region que rechace lo que universalmente se reputa bueno, y pretenda sostener, enfrente de la legislación del resto de España, un sistema que generalmente se considera el peor.

Cabe discutir si la comunidad debe ser más ó menos exten-

sa; si todos los bienes deben ser administrados por el marido, ó debe reservarse un patrimonio á la mujer que enaltezca su personalidad, y la permita obrar en algo, y aun respecto á la misma sociedad, con relativa independencia. Pero la comunidad más natural y legítima es indudablemente la de las ganancias obtenidas durante el matrimonio, y adminístrense ó no todos los bienes por el marido, haya ó no dote, y admítanse ó no bienes exceptuados, reservados ó parafernales, con más ó menos amplitud, no existe incompatibilidad alguna en que los frutos de los bienes todos sirvan á la satisfacción de las necesidades todas de la sociedad matrimonial creada, y en que los productos del trabajo de ambos cónyuges, y el resultado de sus ahorros, se considere comun, y se reparta con más ó menos equidad, pero se reparta al fin entre los que con su capital ó su esfuerzo en interés de la familia, han contribuido á su formación.

No hay en la comunidad de gananciales, como en otras más extensas, transmisión alguna de la propiedad de los bienes de un cónyuge al otro, confundiendo lo que debe permanecer separado, porque es propio é individual de las personas que al unirse no deben perder parte alguna de su patrimonio. Pero nace una personalidad nueva con fines especiales y con necesidades propias, y si á tales necesidades y fines no ha de sacrificarse el capital privativo de los cónyuges, nada en cambio mas natural que á ello se destinen los productos de su capital, y las ganancias del trabajo, industria ó profesión de los esposos, y que si á fuerza de ahorros y sacrificios ó de esfuerzos para reunir y conservar, queda en ese fondo comun un sobrante ó exceso, ese exceso se adjudique á aquellos á quienes legitimamente pertenece, á ambos esposos, no á uno solo de ellos, á título de jefe ó de administrador.

Todo lo referente al origen y desenvolvimiento histórico de la institución de gananciales, tanto en España como fuera de ella, á las ventajas é inconvenientes del sistema y á los países que le aceptan, quedó expuesto en la *Introducción* al tít. III, libro IV del Código que va al principio de este tomo.

La sociedad conyugal es la formada por el matrimonio entre el marido y la mujer. Atendiendo al aspecto económico de la misma, la ley la califica de sociedad legal de gananciales, cuando por voluntad de las partes ó en virtud de su silencio ó ineficacia de lo pactado queda admitido el sistema fijado como supletorio en el Código español.

La sociedad de gananciales se distingue de todas las demás sociedados bajo diferentes puntos de vista.

En primer término vemos nacer la sociedad de gananciales por el hecho sólo del matrimonio, aun con independencia de la voluntad de los interesados. No hace falta ciertamente la expresión de esa voluntad, pues la ley la presume cuando no se pacta determinadamente un sistema distinto, y aun á veces impone el régimen ó la sociedad que nos ocupa. Las sociedades ordinarias, por el contrario, no se conciben sin un acto expresivo de la voluntad de los asociados que se reunen para un fin ú objeto determinado, sin que, por otra parte, se requiera más que su voluntad. De modo que estas nacen solo por virtud de esa voluntad, mientras que en la sociedad de gananciales, ni es necesaria la voluntad de los socios como hemos dicho, ni nunca sería bastante por sí sola, ya que sin el matrimonio no puede subsistir.

Como una inmediata consecuencia de ésta primordial distinción, la voluntad que formó las sociedades ordinarias sigue imperando en ellas, y es la que determina el objeto de la sociedad, su duración, sus reglas, todo cuanto á la misma atañe, y aún esos mismos pactos pueden por mútuo acuerdo modificar lo convenido, terminar la sociedad ó prorrogarla, cambiar, en fin, las condiciones de su existencia ó funcionamiento. En la sociedad de gananciales no ocurre así: su fin ú objeto, su duración, sus reglas están determinadas de antemano por el legislador: la ley fija límites y condiciones infranqueables; caben modificaciones de detalle y aun esas establecidas con anterioridad al matrimonio; pero la sociedad ha de empezar y ha de terminar cuando la ley lo marca, y ha de funcionar como ella lo determina, y ha de

cumplir las cargas que se le imponen, y liquidarse como se previene por el legislador.

Y como consecuencia á su vez de esta consecuencia, las ganancias, si resultan, han de partirse con igualdad entre los cónyuges, con arreglo á la ley, en la sociedad de gananciales, sea el que fuese el capital que por cada uno se aporte, mientras que en las sociedades ordinarias la regla es la proporción con ese capital, ó lo libremente convenido por los socios. Y en la sociedad de gananciales los derechos de los socios en lo relativo á la dirección, administración y aun disposición, son desiguales, por que así lo establece el legislador, dando al marido derechos que niega á la mujer, é imponiendo á aquel en cambio responsabilidades que no alcanzan á ésta; mientras que en las sociedades ordinarias, son en principio iguales las facultades de todos los socios, y á lo más, de mutuo acuerdo se escoje á alguno ó á algunos para que ejerzan la dirección y administración.

Esta última circunstancia, no por lo que representa en sí misma, pues todas las legislaciones han convenido siempre en que la sociedad conyugal en circunstancias normales debe tener como jefe y representante al marido, sino por lo que puede influir en afirmar la existencia ó no existencia de una verdadera comunidad durante el matrimonio, es la que impulsó á los autores del Código civil aleman á desechar el sistema de gananciales, no admitiéndole como el legal. Salta, sin embargo, á la vista que se trata de un accidente secundario en el que cabe reforma ó modificación; pero que aun admitido y mantenido por el legislador, ni representa lo que se quiere suponer, pues la comunidad, como veremos, existe durante la unión, ni influye en lo esencial, que es hacer á ambos cónyuges partícipes de las ganancias por ambos conseguidas, cumpliendo cada cual dentro de la familia su respectiva misión.

El Código distribuye, con buen método y claridad, en siete secciones la materia referente á la sociedad de gananciales, que vamos á examinar.

SECCIÓN PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 1392

Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias ó beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio.

A. *Antecedentes legales.*—La ley 17, tít. 2.°, libro 4.° del Fuero Juzgo, estableció ya el régimen de gananciales, pero bajo una base matemática, poco adecuada á la índole de esa sociedad. Las ganancias realizadas durante el matrimonio se repartían entre los cónyuges en proporción al capital aportado por cada uno.

La ley 1.ª, tít. 3.°, del libro 3.° del Fuero Real, completada por la 207 del Estilo, cambió el sistema, al establecer que toda cosa que el marido y la mujer ganaren de consuno, se partiere entre ellos con igualdad, y toda deuda que el marido y la mujer hicieren en uno, se pagase también en uno. La ley de Santa María de Nieva (5.ª, tít. 4.°, libro 10 de la Novísima Recopilación) desarrolló por completo el pensamiento del legislador: asignó la condición de gananciales á los frutos de los bienes castrenses y de las donaciones, y á todo lo demás ganado ó comprado durante el matrimonio; fijó los derechos del marido y dictó otras importantes reglas.

B. *Comentario.*—La sociedad de gananciales queda constituída:

1.° Cuando así se pacte expresamente. (Art. 1315.)

2.° Cuando no exista realmente contrato sobre los bienes, ó en él no se estipule nada con relación al régimen matrimonial, ó nada contrario al sistema de gananciales, ya se contraiga el

matrimonio entre españoles ó entre un español y una extranjera, en España ó fuera de España. (Artículos 1315 y 1325.)

3.º Cuando las capitulaciones matrimoniales son por cualquier circunstancia nulas, como ocurre, entre otros, en los casos siguientes:

a) Cuando los contrayentes se sometan de una manera general á los fueros y costumbres de las regiones forales, porque esto equivale á no pactar nada determinado.

b) Cuando todo lo estipulado ó lo que afecte al régimen matrimonial que quiso establecerse fuese contrario á las leyes ó á la moral.

c) Cuando contraído el matrimonio por un menor, previa la licencia correspondiente, no intervengan en las capitulaciones matrimoniales las personas á quienes competía conceder y concedieron dicha licencia ó consentimiento. (Art. 1318.)

d) Cuando no se cumplen las formalidades prevenidas en el art. 1325, en las capitulaciones de las personas contra las que se haya pronunciado sentencia ó promovido juicio de interdicción ó inhabilitación.

e) Cuando las capitulaciones aparezcan otorgadas después de la celebración del matrimonio.

f) Cuando se anulen por cualquiera de las causas que vician el consentimiento.

La sociedad de gananciales es la misma sociedad conyugal constituída, en su aspecto económico, bajo el sistema establecido por la ley como supletorio. Se halla, pues, formada por el marido y la mujer, cada cual con su caudal propio y con sus propias deudas. El legislador no pretende que esas deudas ó ese caudal se comuniquen ó confundan entre los esposos. La sociedad mantiene la separación de los bienes aportados por cada cónyuge, de los que les puedan sustituir ó de los que privativamente adquieran después por título lucrativo. La ley, antes de tratar de la sociedad, se ha ocupado de esos bienes, estableciendo las reglas que ha creído oportunas respecto á los que las merecían, tales como los procedentes, en general, de donaciones hechas á los es-

posos, y los aportados ó adquiridos con la cualidad de dotales y los parafernales.

El fondo común de la sociedad, ó sea de ambos esposos, destinado á las necesidades comunes ó al cumplimiento de todas las cargas y obligaciones inherentes á la misma sociedad, se halla formado por dos elementos esenciales: los frutos ó rentas de los bienes particulares de cada cónyuge, y los productos obtenidos con su trabajo. Las adquisiciones realizadas con el sobrante de esos frutos y productos después de cubiertas todas las obligaciones de la sociedad, son también comunes.

La sociedad produce efectos entre los socios. Con relación á terceros, la sociedad y su jefe, que es el marido, se identifican, como veremos en su lugar.

El art. 1392 no pretende definir la sociedad de gananciales, pero da clara idea de su contenido. Es una sociedad constituída mediante el matrimonio entre el marido y la mujer, por virtud de la cual, ponen en común los frutos de sus bienes privativos y su trabajo ó industria, y hacen suyos, por mitad, al disolverse la unión, las ganancias ó beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio.

Este efecto esencialísimo del sistema, marcado en el artículo antes citado, que estamos comentando, es el que da nombre á la sociedad, cuyo objeto económico debe ser el acrecentamiento del caudal familiar y la obtención de ganancias (gananciales) ó beneficios, que la ley, en la imposibilidad de conocer la proporción en que deben pertenecer á cada cónyuge, en relación á su esfuerzo y á su capital, ordena se distribuyan con completa igualdad.

Con relación á este criterio de igualdad, que desde hace siglos se practica en sustitución del proporcional que se establecía en el Fuero Juzgo, puede consultarse lo expuesto en las ideas generales sobre el título que examinamos.

El art. 1392 señala, como hemos dicho, el efecto más esencial producido por la sociedad de gananciales. No pretende en modo alguno imponer ese efecto como único, ni afirma ni niega mayor

ó menor extensión á la comunidad constituída con relación á la mujer. Los efectos diferentes á la división por mitad de las ganancias, en su día, caso de haberlas, irán presentándose en el examen del articulado.

Señala el art. 1392 como momento de la división y determinación consiguiente de lo que á cada cónyuge corresponde en concepto de gananciales, el de la disolución del matrimonio. En los casos normales, es cierto. La sociedad es el mismo matrimonio, dura lo que él dura, y por lo mismo, antes de que termine, no cabe, en principio, apreciar las ganancias ó pérdidas que puedan resultar, hay que esperar á que llegue el fin de la sociedad. Pero hay casos anormales en los que, aun sin disolverse el matrimonio, la sociedad también termina, como puede verse en el art 1417, y en ellos procederá también la práctica de la liquidación correspondiente, y el reparto por mitad de los gananciales, con las limitaciones que la ley establezca en circunstancias determinadas.

No cabe hablar, por consiguiente, de ganancias, hasta que la sociedad termina, lo cual no es, desde luego, obstáculo, como veremos, á que en cualquier momento pueda determinarse lo que son bienes gananciales ó bienes propios. La razón es sencilla: es ganancial lo que pertenece á la sociedad conyugal ó á ambos esposos en común, y no privativamente á cualquiera de ellos. Es ganancia el sobrante del activo sobre el pasivo de la comunidad, al tiempo de la liquidación; el beneficio resultante después de reintegrar á cada cónyuge su capital propio y cubrir todas las obligaciones de la sociedad.

Véase en el artículo siguiente la cuestión relativa á si es es necesaria la vida en común.

C) *Jurisprudencia.*—Embargada por un acreedor del marido una finca comprada durante el matrimonio de naturaleza ganancial, la mujer ejercitó el retracto de comuneros; fundada en ser dueña de la mitad por el condominio con su consorte. El Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de Febrero de 1898, declaró que la mujer en la sociedad de gananciales es un simple socio

sin más derecho que el concedido en el art. 1392, ó sea el de percibir la mitad de los gananciales, si los hubiese, al tiempo de disolverse la sociedad.

En el caso concreto que motivó la cuestión, la declaración era en el fondo procedente, pero su fundamento es demasiado absoluto; ya veremos al comentar los artículos 1412 y siguientes, que la mujer tiene en la sociedad conyugal, aun durante el matrimonio, otros derechos distintos al marcado en el art. 1392.

D) *Códigos extranjeros.*—Si se exceptúa el art. 1269 del Código de Venezuela, no existen en general concordancias con este artículo. El más parecido es el 211 del Código de Holanda. Véase el art. 1315 en la parte referente á Códigos extranjeros.

ARTÍCULO 1393

La sociedad de gananciales empezará precisamente en el día de la celebración del matrimonio. Cualquiera estipulación en sentido contrario se tendrá por nula.

A) *Precedentes legales.*—No aparece consignado el principio de este artículo de igual modo en las leyes antiguas, pero se daba en ellas por supuesto, pues siempre se hablaba de lo ganado y comprado *durante el matrimonio, viviendo de consuno.*

B) *Comentario.*—La sociedad de gananciales es el sistema legal en España con arreglo al derecho común. Ese sistema, como cualquiera otro establecido libremente por los interesados en sus capitulaciones matrimoniales, ó impuesto en casos determinados por la ley (artículos 50 y 1364), es el que ha de determinar las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, los efectos del matrimonio con relación á los bienes, y puesto que se establecen sus reglas precisamente para que rijan en la sociedad conyugal, es claro que son inseparables de ésta, que empieza el sistema á producir sus efectos cuando empieza el matrimonio ó la sociedad que representa.

La sociedad de gananciales empieza, pues, el mismo día y en el mismo momento de la celebración del matrimonio; ni puede

pactarse que empiece antes ni que empiece después. Este precepto se completa con el del art. 1417: la sociedad termina cuando el matrimonio se disuelve ó anula, ó cuando se acuerda la separación de bienes durante el mismo. Vive, pues, la sociedad de gananciales mientras subsiste legalmente la unión de los esposos; no se atiende precisamente al vínculo, al lazo formado por el matrimonio, sino á la existencia ante la ley de la vida en comun. Esa vida comun es la que crea necesidades comunes y representa comunes esfuerzos, cuyo resultado debe ser la participación de ambos socios en las ganancias obtenidas.

Pero ha de atenderse, como hemos dicho, á la existencia ante la ley de la vida en comun. Una separación convencional no es jurídicamente apreciable, no existe legalmente, sigue la sociedad, y cabe que existan cargas ú obligaciones comunes que cumplir. Lo mismo se entendía la frase *viviendo de consuno,* de la ley 1.ª, tít.º 3.º, libro 3.º del Fuero Real, en el derecho antiguo.

El precepto del art. 1393 es prohibitivo; pero por si quedase alguna duda, el legislador previene que toda estipulación en contrario será nula.

La prohibición de que la sociedad de gananciales empiece á regir antes ó después de la celebración del matrimonio, se entiende dentro del sistema admitido por el legislador; pero lo mismo debe entenderse respecto á todo otro régimen establecido por las partes, pues se establece para que rija la sociedad conyugal desde que empieza hasta que termine, sin posibilidad de alteración.

Goyena explica así el precepto. «Podría de lo contrario darse ocasión á fraudes y hacerse difícil, cuando no imposible, la averiguación de la época en que se hicieron las conquistas. Pero esto no quita que pueda estipularse la sociedad bajo una condición suspensiva que no deba realizarse sino después de la celebración, porque, si llega á existir, surtirá su efecto retroactivo.»

Esta excepción no la juzgamos admisible. Aun tratándose, no de que empiece la sociedad estipulada ya por los interesados

en día distinto, sino de que rija ó no el sistema de gananciales segun que se cumpla ó no determinada condición, estimamos que las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con relación á terceros, no pueden quedar en lo incierto durante algún tiempo, esperando que se realice ó no el hecho futuro y desconocido que se quiera fijar, sino que ha de marcarse antes del matrimonio de un modo claro y preciso el régimen que debe imperar en la sociedad conyugal, desde el día en que empiece hasta el en que termine.

C) *Códigos extranjeros.*—Concuerda éste artículo á la letra con el 1370 del código de Venezuela, y en el fondo con los 1909 del de Uruguay; 2104 del de Méjico; 1718 del de Chile; 1363 del de Alemania; 1261 del de la República Argentina, y 1433 del de Italia.

ARTÍCULO 1394

La renuncia á esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio sino en el caso de separación judicial.

Cuando la renuncia tuviere lugar por causa de separación, ó después de disuelto ó anulado el matrimonio, se hará constar por escritura pública, y los acreedores tendrán el derecho que se les reconoce en el artículo 1001.

A) *Precedentes legales.*—No existe ningún precedente exacto de este artículo, si bien tienen relación con su precepto varias leyes antiguas.

La ley 24, tít. 17 Partida 4.ª establecía que «los pleitos ó convenios hechos por los esposos antes de casarse ó cuando se casaren sobre la manera en que deben haber lo que ganaren estando de consuno, han de ser cumplidos y guardados, aunque vayan á morar á otra tierra en que se use distinta costumbre. Esso mismo sería, maguer ellos no pusiessen pleyto entre sí, ca la costumbre de aquella tierra dó fizieron el casamiento, deue

valer, quanto en la dote, quanto en las arras é en las ganancias que fizieren, é non la de aquel lugar do se cambiaron».

A su vez, la ley 207 de las del Estilo, entendió que así como la mujer tenía derecho á la mitad de los gananciales, debía ser responsable de la mitad de las deudas. «Todo el debdo que el marido, et la mujer fizieren en uno, páguenlo otrosí en uno. Et es á saber, que el debdo que faze el marido, maguer la mujer non lo otorgue, nin sea en la carta del debdo, tenuda es á la meytad del debdo ..... Et como quiera parte en las ganancias, así se debe parar á las debdas».

Consecuencia sin duda de dicha ley fué el precepto de la 60 de Toro (9.ª, título 4.° libro 10, N. R.) «Quando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido oviere hecho durante el matrimonio.»

Como se vé, todas estas leyes guardan alguna relación con el art. 1394; pero se escribieron tomando la cuestión bajo un punto de vista distinto, y por ello no es extraño que no formen precedentes exactos del mismo.

Por analogía con lo preceptuado respecto á las sociedades comunes en la ley 11, tít. 10, Partida 5.ª, y por estimar aplicables como supletorias las reglas de dichas sociedades á la especialísima de gananciales, admitíase en el derecho antiguo la posibilidad de renunciar la mujer durante el matrimonio á la continuación de la sociedad legal, promoviendo la división de los gananciales, y la entrega de la mitad correspondiente del activo resultante de la liquidación. La misma doctrina podía deducirse de los principios supletorios del derecho romano, y del espíritu de nuestro antiguo derecho, favorable á la alteración, durante el matrimonio, de las reglas relativas á la organización del patrimonio familiar, como hicimos notar en los precedentes del artículo 1320.

B) *Comentario.*—Trata el presente art. 1394, si hemos de atender á su tenor literal, de la renuncia á la sociedad de gananciales, pero en realidad de la renuncia de los efectos de esa so-

ciedad. Examínense bien los casos á que se refiere, y se verá que en todos ellos no se trata de la sociedad misma de gananciales, que ya no existe cuando se supone su renuncia, si no de las ganancias resultantes, esto es, de los efectos de esa sociedad.

Esto no quiere decir que la sociedad misma pueda renunciarse durante el matrimonio. Evidentemente esa renuncia no es posible; basta para entenderlo así el precepto del art. 1320. En efecto, las capitulaciones matrimoniales no pueden alterarse durante el matrimonio, y la ley presume que cuando no se otorgan por los futuros cónyuges, existen, sin embargo, bajo la base de aceptarse el régimen legal de gananciales con todas sus consecuencias. Renunciar á la sociedad durante el matrimonio, equivale á cambiar el régimen establecido, á continuar bajo un sistema completamente distinto, el de separación, lo cual no es en modo alguno admisible.

Todo esto es cierto; pero en el art. 1394 la cuestión es distinta. Por eso se consiente la renuncia á la sociedad de gananciales despues de disuelto ó anulado el matrimonio, ó en caso de separación judicial. En todos estos casos la sociedad conyugal ha concluído con arreglo á lo dispuesto en el art. 1417, y como no cabe renunciar á lo que ya no existe, es evidente que el 1394 sólo puede referirse á la renuncia de los gananciales ó de los efectos de la sociedad legal.

Podrá decirse que si bien es cierto lo expuesto respecto á la nulidad ó la disolución, no lo es en caso de separación, puesto que la sociedad no se extingue por completo, si no que mas bien se suspende, y que en esas circunstancias cabe una renuncia definitiva á la sociedad de gananciales, que no ha de volver á existir, aun cuando se reconcilien los cónyuges, aparezca el ausente ó cese la interdicción civil. Esta idea que se admite por respetables autores, no puede tampoco sostenerse. Aparte de que el art. 1320 no permite esa solución, hay que atenerse estrictamente á lo dispuesto en el 1439, el cual dispone que cuando cesase la separación por la reconciliación en caso de divorcio, ó por haber desaparecido la causa en los demás casos, *vol-*

verán á regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes de la separación.

El art. 1394 trata, pues, de la renuncia de los gananciales obtenidos durante la sociedad, y sólo la consiente cuando ya se sabe si existen ó no, cuando la sociedad ha terminado por cualquiera de las causas expresadas en el 1417, en la única época en que los cónyuges tienen ya, no una simple esperanza, si no un derecho adquirido sobre las ganancias, caso de haberlas en el matrimonio.

El Código se refiere lo mismo al marido que á la mujer. La ley 60 de Toro sólo á la mujer se refería, y aun muchos códigos modernos tratan de esta cuestión únicamente bajo ese punto de vista, y es así porque se trata de relevar á la mujer de toda responsabilidad por consecuencia de la mala administración de su marido. Por eso siempre se establece que al no disfrutar la mujer de las ganancias, no debe pagar parte alguna de las deudas del marido ni de la sociedad. El principio es justo con relación á la mujer, mas no puede establecerse con relación al marido.

La ley 60 de Toro, que consideramos como una modificación del precepto de la ley 207 del Estilo, suscitó viva polémica en el derecho antiguo, y aun en nuestros días se sostienen las más contrarias opiniones. La discusión versa únicamente sobre la época en que estaba permitido á la mujer, antes de la vigencia del Código, renunciar los gananciales.

Fundados en que la ley no distingue, en las palabras marido y mujer que emplea, en que no existía precepto alguno que prohibiera á la mujer esa renuncia en cualquier tiempo, y en que no hay verdadera donación entre cónyuges, y aun cuando se estimase haberla sería de las permitidas en las Partidas, sostienen unos que la mujer, con arreglo á la legislación anterior, podía renunciar los gananciales antes de casarse ó después de casada, aun subsistiendo la sociedad conyugal.

Fundados en las palabras de la ley, que parece referirse á un tiempo pasado, en el espíritu de la misma, favorable á la

mujer, que no tenía por objeto consentirle que perdiese bienes ó derechos, sino librarla de responsabilidad, y en que la renuncia durante el matrimonio significa desde luego una donación, prohibida, por regla general, y no comprendida en los casos de excepción, sostienen otros que sólo después de disuelta la unión ó terminada la sociedad conyugal, debía estimarse válida la renuncia. Cítanse en apoyo de esta solución, las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Enero de 1859, 18 de Octubre de 1861, 12 de Junio de 1862 y 20 de Junio de 1865.

Las sentencias citadas no tuvieron por objeto directo la cuestión ventilada, ni en realidad la resolvieron. El Tribunal Supremo ha tenido al fin que entrar de lleno en la inteligencia que debía darse á la ley 60 de Toro, y afrontando valientemente la cuestión la resuelve en sentencia de 17 de Noviembre de 1892, del modo siguiente:

«Ninguna ley anterior á las de Toro negó á la mujer casada la facultad de renunciar á los gananciales; ni aun equiparada su renuncia durante el matrimonio á donación en favor del marido, estaba prohibida por las que en el derecho patrio declararon la nulidad de las que mediaran entre cónyuges, puesto que las 4.ª y 5.ª, tít. 11 de la Partida 4.ª, más restrictivas en esta parte que las de los Fueros Juzgo y Real, al decretar esta prohibición con carácter general, exceptuaron las no revocadas en vida, las que hiciesen más rico al donatario sin empobrecimiento del donante, y las en que éste defiriese lo que no hubiese entrado, pudiendo ingresar preferentemente en su patrimonio, y además las hechas en alguna otra manera semejante de éstas, entre las cuales se comprende, por su analogía con las señaladas en la ley por vía de ejemplo, la donación del derecho eventual de participar, al disolverse el matrimonio, de las ganancias obtenidas en él y de las obligaciones que entonces resulten.»

«La ley 60 de Toro, inserta en la 9.ª, tít. 4.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, fué dictada con objeto de apartar á la mujer de la responsabilidad de las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio cuando renunciare las ganancias;

y expresamente sobre el supuesto no contradictorio de los precedentes que con reconocerse por el legislador y ser base única y esencial de su precepto, quedó autorizado de la validez de esta renuncia, sin condición de estado ni de tiempo, y que por tanto, es legítimo en cualquiera en que tenga lugar, y consiguientemente, mientras la vida común de los cónyuges con licencia marital y sin fraude de herederos ó de acreedores, que son á su vez condiciones ordinarias de aptitud y de moralidad de los actos jurídicos, ya que al ejercicio de un derecho reconocido y no circunscripto por la ley, no pueden señalarse límites que ésta excluye, con la generalidad de su expresiva comprensión, de toda época.»

Con arreglo á la doctrina del Código, según hemos dicho, pueden renunciar los gananciales, tanto el marido como la mujer, pero sólo después de terminada la sociedad conyugal. La cuestión relativa á quedar libre la mujer del pago de las deudas, mediante la renuncia, es en nuestro Código superflua. ¿Que son gananciales? Es el sobrante del activo sobre el pasivo de la sociedad. Mientras haya deudas de la sociedad conyugal que pagar, no cabe hablar de ganancias. Luego las deudas de la sociedad han de pagarse de todos modos con el producto de los bienes sociales, y en su defecto, con los del marido, como veremos en su lugar. La mujer no paga nunca con sus propios bienes.

Apurando las cosas, es cierto que pueden existir deudas de la sociedad, ignoradas en el momento de la liquidación, que se reclamen después; pero aun en este caso, á instancia del marido ó de sus herederos, podrá rectificarse esa liquidación y privar á la mujer de los gananciales que se le adjudicaran, pero nada más; su responsabilidad no puede llegar más allá, porque nunca, en casos normales, sus bienes privativos responden de las deudas de su marido ni de las de la sociedad. Claro que son casos excepcionales aquéllos en que ella se obliga con su marido ó hipoteca ó garantiza las deudas de aquél, ó administra los bienes, etc.

Considerándolo así, en el art. 1394, que estamos comentando, el legislador prescinde de esa cuestión y trata de la renuncia de los gananciales bajo un punto de vista muy distinto: el de las relaciones entre el cónyuge renunciante y sus acreedores particulares. De aquí la exigencia de la escritura pública y la llamada al precepto del art. 1001.

Puesta la cuestión en este terreno, el legislador equipara la renuncia de los gananciales, ya esté hecha por el marido ó por la mujer, á la renuncia de la herencia.

En cuanto á la forma de la renuncia, el art. 1394, separándose algo de lo dispuesto en el 1008, exige precisamente la escritura pública, que no cabe duda que es el medio más usual, y el que está más en relación con la naturaleza del acto. Nos referimos al comentario de dicho artículo 1008.

La renuncia de los gananciales, como la renuncia de una herencia, es un acto voluntario y libre, irrevocable, puro, no condicional ni á plazo, indivisible y con efectos retroactivos.

La renuncia representa un desprendimiento de derechos, de modo que exige en el renunciante la facultad de disponer, ó requiere, en otro caso, el cumplimiento de las formalidades necesarias para los actos de disposición. Puede renunciarse en favor de personas determinadas, lo cual representa más bien una transmisión, ó en absoluto, dejando libre ó franca la porción que al renunciante pueda corresponder para que recaiga en quien proceda con arreglo á la ley. Esta es la verdadera renuncia extintiva á que se refiere el legislador. El art. 1394 determina la época en que puede hacerse la renuncia y su forma propia que la reviste de autenticidad.

¿Cuáles son los efectos de la renuncia de los gananciales hecha en forma legal? El primero y natural efecto de la renuncia es la pérdida para el renunciante de todas las ganancias obtenidas durante el matrimonio, cuya pérdida irrevocable se retrotrae á la época de la terminación de la sociedad conyugal.

La porción renunciada recae naturalmente en el cónyuge no renunciante ó sus herederos. Se trata de una sociedad en la que

uno de los socios no quiere su parte de ganancias; ésta parte queda por tanto en beneficio de los demás asociados.

La mujer ó el marido no pierden en modo alguno, por virtud de la renuncia, sus derechos al capital aportado, á las indemnizaciones que les sean debidas, á las donaciones que se pactaron ú ofrecieron, etc.; solo pierden lo que renuncian, ó sean las ganancias que haya ó puedan haber resultado durante la unión. La renuncia no evita, por regla general, la liquidación correspondiente de la sociedad conyugal, para determinar lo que á cada socio pertenece, el importe de las deudas y la cuantía, en su caso, de los gananciales, ó el hecho de no resultar utilidad alguna.

Los términos algo vagos del art. 1394 pueden dar lugar á la duda de si la renuncia de los gananciales podrá librar al marido de la obligación de satisfacer las deudas de la sociedad, quedando á los acreedores de ésta sólo el derecho de aceptar por él y cobrar hasta donde alcance la porción renunciada, puesto que sólo habla de *acreedores* sin distinguir entre ellos. Sin embargo, estimamos infundada esa duda: primero, porque el art. 1394 se refiere al 1001, y éste determinadamente trata de los acreedores particulares del renunciante; segundo, porque no hay gananciales (art. 1424), sino después de deducidas todas las deudas de la sociedad, ó apartado cuanto corresponde á los acreedores de la misma, y tercero, porque el marido no puede renunciar al cumplimiento de sus propias obligaciones, que se identifican con las de la sociedad.

En su consecuencia, la renuncia por parte del marido no le exime de las responsabilidades provenientes de su administración, ni por tanto del pago de las deudas de la sociedad conyugal, pues, como hemos dicho, para los terceros, el marido y la sociedad se identifican. Cuando renuncia la mujer, queda como extraña, y conserva todos sus derechos propios contra el marido ó sus herederos, ó contra la sociedad en cuanto se refieran á su caudal privativo é indemnizaciones que se le deban, mas no en cuanto afecte á los gananciales.

Por último, la renuncia puede perjudicar los intereses de

los acreedores particulares del renunciante, y de aquí el derecho que les concede el art. 1394, en relación con el 1001. Explicado con toda claridad éste precepto en su comentario, á él nos referimos, no considerando necesario repetir lo que allí quedó expuesto.

Algunos autores admiten, sin embargo, una importante excepción. «En cuanto al procedimiento, se dice, nada expresa el Código, pues aunque en el art. 1001, al tratar de la repudiación de la herencia, exige la autorización del Juez para aceptarla en nombre del heredero, aquí no se trata de un derecho nuevo que vayan á adquirir, sino de la continuación de la personalidad que ya existía: en aquel caso hay un Juez que conoce de la testamentaria ó abintestato, y aquí no. Por consiguiente, como se trata de un derecho consignado en la ley, que no necesita declaración alguna, creemos que los acreedores podrán constituirse en sucesores de la personalidad del renunciante, en cuanto á gananciales se refiera, por medio de un acta notarial, en que se requerirá al otro cónyuge para su reconocimiento».

Esta conclusión equivale á apropiarse los acreedores los gananciales para obtener el cobro de sus créditos, sin justificar la necesidad de ese recurso excepcional, lo cual no nos parece admisible. Ciertamente, mientras se obre de acuerdo entre todos los interesados, no puede haber cuestión; pero si ese acuerdo falta, son precisamente los acreedores quienes deben probar ante la autoridad judicial la existencia de la renuncia, de los créditos, y sobre todo el perjuicio irremediable que se les causa por no tener para cobrar otro remedio que conseguir la rescisión de la renuncia, que á eso equivale la aceptación.

¿Pueden los herederos del marido ó de la mujer renunciar los gananciales y aceptar la herencia de su causante? Indudablemente, si, pues lo autoriza el art. 1418, en cuyo comentario examinaremos esta cuestión.

C) *Códigos extranjeros.*—Concuerda el art. 1394 con los 1414 y 1415 del código de Venezuela, 2151 del de Méjico, 1092 del de Guatemala y 1719 del de Chile.

Los arts. 1781 al 1785 del último de los citados códigos y conformes con ellos los 1079 al 1084 del código de Uruguay, desarrollan la doctrina referente á la renuncia de los gananciales por parte de la mujer despues de la disolución de la sociedad, prescribiendo que si la mujer ó sus herederos son menores de edad, necesitan obtener al efecto aprobación judicial, y que una vez hecha la renuncia no puede rescindirse, á no haber mediado error ó engaño. Añaden los preceptos siguientes:

«Renunciando la mujer ó sus herederos, los derechos de la sociedad y del marido se confunden é identifican, aun respecto de ella.»

«La mujer que renuncia conserva sus derechos y obligaciones á las recompensas é indemnizaciones arriba expresadas.»

«Si sólo una parte de los herederos de la mujer renuncia, las porciones de los que renuncian acrecen á la porción del marido.»

Regulan los códigos de Francia (arts. 1453 al 1466), é Italia (art. 1444), la materia de la renuncia de los gananciales por parte de la mujer, ó sus herederos, ó su aceptación pura ó á beneficio de inventario, con un criterio análogo al establecido con relación á las aceptaciones ó repudiaciones de herencia.

ARTÍCULO 1395

La sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello en que no se opongan á lo expresamente determinado por este capítulo.

El principio consignado en este artículo estaba admitido en el derecho antíguo, aunque no conocemos ley alguna determinada que lo estableciese. Consecuencia era la facultad concedida á la mujer de separarse durante el matrimonio, de la sociedad de gananciales promoviendo su liquidación.

Con arreglo á lo preceptuado en este artículo, en relación con

el 1315, la sociedad de gananciales se rige por lo expresamente pactado en las capitulaciones matrimoniales, en cuanto la voluntad de las partes pueda modificar los preceptos legales; en su defecto, por lo establecido en los arts. 1392 al 1431; y en último término, por las reglas del contrato de sociedad.

Ya quedó establecida en las ideas generales la diferencia entre la sociedad de gananciales y cualquiera otra sociedad. Serán raros los casos en que haya que acudir á las reglas supletorias del contrato de sociedad; pero la ley, que no pretende en modo alguno haber previsto todas las cuestiones que pueden presentarse en la práctica, señala nuevas fuentes de derecho á las que se debe acudir, para solucionar casos dudosos, situaciones ó circunstancias no previstas en los arts. 1392 al 1431. En esto sigue la doctrina de la mayoría de los códigos extranjeros.

Concuerda el art. 1395 con los 1371 del código de Venezuela, 1262 del de la República Argentina, 1911 del de Uruguay, 2103 del de Méjico y 1434 del de Italia.

SECCION SEGUNDA

DE LOS BIENES DE LA PROPIEDAD DE CADA UNO DE LOS CÓNYUGES.

ARTÍCULO 1396

Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:

1.º Los que aporte al matrimonio como de su pertenencia.

2.º Los que adquiera, durante él, por título lucrativo.

3.º Los adquiridos por derecho de retracto ó por permuta con otros bienes, pertenecientes á uno solo de los cónyuges.

4.º Los comprados con dinero exclusivo de la mujer ó del marido.

A) *Precedentes legales.*—La doctrina de este artículo modifica en parte nuestro derecho antiguo.

Desde luego lo aportado al matrimonio por cada uno de los cónyuges, como de su exclusiva pertenencia, era capital privativo del que lo aportaba.

El núm. 2.º del artículo tiene su precedente en la ley 2.ª, tít. 3.º, libro 3.º del Fuero Real (2.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación), y aun en la ley 1.ª del mismo título y libro de dicho Fuero. «Y si fuere donación del Rey ó de otro, y lo diere al uno, háyalo solo aquel á quien lo diere.» «Si el marido alguna cosa ganare de herencia de padre, ó de otro propinquo, ó donación, ó de señor, ó de pariente, ó de amigo, ó en hueste en que vaya por su soldada de Rey ó de otro, háyalo cuanto ganare por suyo: é si fuere en hueste sin soldada, á costa de sí é de su mujer, quanto ganare de esta guisa, sea del marido é de la mujer. Ca así como la costa es comunal, así lo que ganaren sea comunal de amos; y esto susodicho sea de las ganancias de los maridos, y eso mesmo mandamos de las mujeres.» Se excluían en la ley 1.ª las adquisiciones á título lucrativo común.

Con relación al núm. 3.º, en la parte que afecta á la permuta, puede citarse la primera parte de la ley 11, tit. 4.º, libro 3.º del Fuero Real.

El núm. 4.º viene á comprenderse en la citada ley 11, pero sólo en condiciones determinadas: «Otrosí, si estando en uno (marido y mujer) vendieron heredad que sea del uno dellos, y del precio de la heredad compraren otra, los esquilmos della sean de amos comunalmente, é la heredad sea de aquel de cuya heredad fue hecha la compra.»

Además eran bienes privativos de cada cónyuge en el derecho antiguo:

1.º Las ganancias ó productos obtenidos en el servicio del Rey ó en la carrera militar (ley 2.ª, tít. 3.º, libro 3.º del Fuero Real, y ley 5.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación).

2.º Las edificaciones hechas en suelo de la propiedad de

uno de los cónyuges (ley 3.ª, tít. 4.º, libro 3.º del Fuero Real).

3.º Las nuevas plantaciones hechas en terreno particular durante el matrimonio (ley 9.ª, tít. 4.º, libro 3.º del Fuero Real).

4.º En general, las accesiones en los bienes de cada cónyuge, y las mejoras hechas en ellos por la industria ó trabajo de los esposos, ó provenientes de la naturaleza ó del tiempo.

B) *Comentario.*—Como dice Goyena, «en ninguna sociedad pueden resultar ganancias sin que antes se cubra el capital social. En la sociedad legal hay dos socios que aportan á la sociedad sus capitales propios respectivamente, y de ellos resulta el verdadero capital social antes de llegar á las ganancias; conviene, pues, fijar cuáles sean los bienes propios de cada uno de los socios, ó de marido y mujer».

El proyecto de Código de 1851, art. 1314, se contentaba, sin embargo, con decir que eran bienes propios de la mujer los que constituían su dote, y propios del marido los que componían el capital marital.

Nuestro Código ha preferido determinar con más detalle lo que debe considerarse como capital de los socios, ó bienes privativos de cada uno de los cónyuges, y á esta materia dedica los artículos 1396 al 1400, éste en relación con los 1402 y 1403.

El art. 1396, que estamos comentando, es fundamental en la sección. Los demás representan sólo ampliaciones ó aclaraciones de índole más ó menos secundaria.

El carácter general de este artículo, aplicable tanto al marido como á la mujer, hace hasta cierto punto innecesario el precepto del art. 1337 y parte del 1336, especialísimos para la dote, pero en el fondo aplicables á los parafernales y al capital propio del marido. El estudio hecho en su lugar de dichos artículos simplifica el comentario del que ahora nos ocupa.

Examinado el art. 1396, resulta que hay bienes que pertenecen de un modo inmediato y directo á cada uno de los esposos, y bienes que les corresponden en virtud de subrogación ó sustitución.

PRIMER GRUPO. *Capital propio directamente de cada uno de los cónyuges.*—Lo forman:

1.º Los bienes aportados al matrimonio por el esposo ó la esposa privativamente.

Constituyen estos bienes los que pertenecían á cada uno de los cónyuges al tiempo de casarse. Ya se trate de bienes muebles ó inmuebles, créditos ó derechos, dinero ó frutos, joyas ó ropas, etc., todo lo aportado se lleva al matrimonio en concepto de capital, y unido al cargo, oficio ó profesión, ó á la actividad individual de cada socio, forma la base de la sociedad legal constituída.

Los bienes de este primer número del art. 1396 pueden separarse en dos grupos: *a)* Aquéllos que cada uno de los cónyuges poseía como propios con completa independencia del matrimonio. *b)* Los adquiridos con motivo de la unión, los cuales vienen á formar las donaciones por razón de matrimonio, de que tratan los artículos 1327 al 1333.

2.º Los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges durante el matrimonio por título lucrativo.

Entra en este grupo cuanto se adquiere privativamente por el marido ó la mujer en virtud de herencia, legado ó donación.

En este grupo deben incluirse los bienes donados ó dejados en testamento á los esposos conjuntamente y con designación de partes determinadas, en la proporción fijada por el donante ó testador, y á falta de designación, por mitad, como expresa el art. 1398, pues aun cuando adquieran á un mismo tiempo y por virtud de un mismo título el marido y la mujer, adquiere cada uno de ellos, con relativa independencia, la parte que se le designa. En suma, sólo varía el objeto de la propiedad, que en vez de ser una cosa determinada, una entidad completa, es sólo una indivisa participación.

En las donaciones remuneratorias juzgamos aplicable el criterio de varios códigos extranjeros. El art. 1738 del código de Chile, dice: «Las donaciones remuneratorias hechas á uno de los cónyuges ó á ambos, por servicios que no daban acción

contra la persona servida, no aumentan el haber social; pero las que se hicieren por servicios que hubieran dado acción contra dicha persona, aumentan el haber social hasta concurrencia de lo que hubiera habido acción á pedir por ellos, y no más, salvo que dichos servicios se hayan prestado antes de la sociedad, pues en tal caso no se adjudicarán á la sociedad dichas donaciones en parte alguna.» Esta doctrina la creemos en armonía con las prescripciones de nuestro Código.

Debe considerarse como adquirido durante el matrimonio, según también declaran otros códigos, los bienes que debieron adquirirse en ese período por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticia de ellos, ó por haberse embarazado injustamente su adquisión ó goce.

No hay más fuentes directas de bienes propios de cada cónyuge que las dos expresadas: lo aportado al matrimonio ó lo adquirido durante él por título lucrativo.

Los productos del trabajo, industria ó profesión de cada uno de los cónyuges, no les pertenece privativamente, ni tampoco lo adquirido en el juego. (Artículos 1401 y 1406.)

En cuanto á las minas y á los tesoros, véase el comentario del art. 1401.

Los bienes pertenecientes á la mujer han de considerarse parafernales si no se aportan ó adquieren en concepto de dote. En los pertenecientes al marido no hay distinción alguna: forman su capital propio y sus reglas son siempre las mismas.

Consecuencia de lo dispuesto en cuanto á la propiedad de los bienes en el art. 1396, es que el incremento ó deterioro de los mismos vaya con ellos y beneficie ó perjudique al propietario respectivo. Véase el comentario de los artículos 1347 y 1360.

A los bienes propios de cada cónyuge siguen también las mejoras hechas en ellos á costa del caudal común ó particular. Véase el comentario del art. 1404.

La doctrina de la accesión sufre, sin embargo, modificaciones importantes. Los frutos ó productos de los bienes no siguen

á estos, no pertenecen al dueño, sino á la sociedad de gananciales. Las mejoras hechas en dichos bienes aumentan el valor de éstos y corresponden al propietario respectivo, aunque con obligación de abonar el gasto hecho en su caso por la sociedad. Los edificios construídos en solar propio de uno de los cónyuges con dinero ganancial son gananciales, considerándose el suelo lo accesorio y el edificio lo principal. Véanse los artículos 1401, núm. 3.°, 1405 y 1404.

Por otra parte, ha de tenerse presente lo dispuesto en los artículos 1402 y 1403, para determinar en ciertos casos dudosos, como cuando se aporta ó adquiere por uno de los cónyuges un crédito pagadero en cierto número de años, ó un derecho de usufructo ó pensión, lo que debe considerarse frutos y lo que debe estimarse capital, lo cual no obsta á que puedan aportarse ó adquirirse frutos ó bienes fungibles en concepto de capital privativo de alguno de los cónyuges, en cuyo caso sólo lo que esos frutos ó bienes puedan producir podrá considerarse ganancial.

SEGUNDO GRUPO. *Bienes privativos de cada cónyuge por sustitución ó subrogación.*

Durante el matrimonio no es lo más natural que los bienes aportados ó adquiridos se conserven siempre los mismos. Unos se consumen, otros se cambian ó se venden, otros se extinguen y se sustituyen por una indemnización, etc., y todos estos hechos dan lugar á una transformación en los bienes de cada cónyuge, que van en parte y sucesivamente cambiándose ó sustituyéndose por otros.

Nuestro Código acepta en absoluto el principio de la subrogación, de modo que, en principio, todo lo que durante el matrimonio adquieren privativamente el marido ó la mujer, en sustitución ó representación de otros bienes que ya anteriormente les pertenecía, queda subrogado en el lugar de estos, y se entiende que forma parte de su capital privativo. La ley sólo exige la prueba de la verdad de esa sustitución, ó que ésta resultá cierta con toda evidencia. En caso de duda, considera los bienes como gananciales. (Art. 1407.)

Nada hay que decir respecto al dinero y cosas fungibles aportadas por los cónyuges al matrimonio ó adquiridos durante él como bienes propios directos. Estos, por su propia naturaleza, son perfectamente sustituíbles, y es indiferente que se conserven ó no los mismos. Cada cónyuge tiene derecho á otro tanto de lo que adquirió ó aportó.

En los bienes muebles, en general, la idea de la subrogación tiene lugar, desde luego; pero reviste en la mayor parte de los casos escasa importancia, porque el cónyuge aportante ó adquirente tiene derecho á que se le devuelva ó restituya en su día su capital, y los bienes muebles se sustituyen al llegar ese día por otros de la misma clase, si los hay en el matrimonio, ó se abona su valor en dinero, como exigen los artículos 1372 y 1425.

Los bienes inmuebles requieren más atención por parte del legislador, y á ellos principalmente se refieren los números 3.º y 4.º del art. 1396, si bien la ley en este artículo, á diferencia del 1337, habla de bienes en general, como es más propio y procedente.

Esto sentado, los bienes privativos de cada cónyuge por sustitución ó subrogación, son los siguientes:

1.º *Los adquiridos por permuta con otros de su exclusiva pertenencia.*—Cambio de una finca por otra, de alhajas, de semovientes, etc., cuando el acto deba calificarse de permuta. Lo adquirido sustituye siempre á lo transmitido, cualquiera que sea su valor.

Como expresamos en el comentario del art. 1337, si permutándose dos fincas se recibe un saldo en dinero é ingresa en la sociedad, la sociedad deberá este saldo al cónyuge subrogante; y si, por el contrario, la sociedad tuviese que abonar algún exceso, éste se deberá por el cónyuge á la sociedad.

Véase en todo cuanto á este número se refiere, lo expuesto en dicho comentario, aunque con aplicación lo mismo al capital del marido que al de la mujer.

2.º *Los adquiridos en virtud de derecho de retracto perteneciente á uno sólo de los cónyuges.*—Ya se trate de retracto voluntario ó

legal y á condición de abonar en su caso la sociedad lo adelantado por ella para obtener la adquisición. Véase también el comentario del art. 1337 en lo relativo á este número.

3.° *Los bienes comprados con dinero exclusivo de la mujer ó del marido.*—Es necesario, para aplicar este número, que conste la procedencia del dinero, pues en otro caso, con arreglo al artículo 1407, se presume hecha la adquisición para la sociedad.

Bajo la base de constar la procedencia del dinero, exige el artículo que la compra se realice con dinero exclusivo de uno de los cónyuges. A su vez el núm. 1.° del art. 1401, requiere, como veremos, para que los bienes comprados durante el matrimonio se consideren gananciales, que la compra se verifique á costa del caudal común. ¿Qué concepto merecerán los bienes comprados con dinero que en parte pertenezca al marido y en parte á la mujer, ó en parte á la sociedad y en parte á uno de los cónyuges?

Puesto que la ley atiende, no á la persona en cuyo nombre ó á favor del cual se realiza la compra, sino á la procedencia del dinero, considerando el hecho como una verdadera sustitución ó conversión del dinero en otros objetos, debemos deducir que cuando una finca, por ejemplo, se compra con dinero del marido y de la mujer, ó de la mujer y de la sociedad, pertenece á aquéllos de quien procede el precio y en la proporción entregada por cada cual. Si pues marido y mujer compran una casa, entregando el primero de su capital propio 10.000 pesetas, y la segunda 5.000, la casa pertenecerá á los dos cónyuges proindiviso, en la proporción de dos terceras partes al marido y una tercera á la mujer.

Véase lo expuesto en el art. 1337 sobre compra de partes proindiviso de fincas en pública licitación.

El art. 1396 no añade más casos de subrogación; pero no cabe duda de que existen otros, comprendidos, sino en la letra, en el espíritu de la disposición. Tales son los siguientes:

a) El cobro de créditos privativos de uno sólo de los cónyuges.

b) La venta de bienes de la exclusiva pertenencia de alguno de ellos.

c) Las indemnizaciones satisfechas en caso de expropiación forzosa, por seguro de incendio, de muerte de animales, etc.

En todos estos casos, al derecho ó á la cosa sustituye su importe, precio ó indemnización, y si ingresa en la sociedad, la sociedad debe al marido ó á la mujer, al socio á quien pertenecían los bienes, su importe ó valor.

d) La dación en pago de capital prometido á cualquiera de los esposos, ó la cesión en pago de créditos, de determinados bienes muebles ó inmuebles, que han de entenderse subrogados en lugar de aquéllos.

e) Las adquisiciones en virtud de división de partes determinadas de objetos que antes poseían proindiviso.

Son también bienes privativos de cada uno de los cónyuges, aunque no siempre representen verdadera subrogación, las adquisiciones obtenidas en virtud de acciones ó derechos que pertenecían privativamente á alguno de los cónyuges, ya se realicen mediante el ejercicio de esas acciones ó por consecuencia de transacción. En este caso se encuentran:

f) La finca cuyo dominio se recupera mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, ó cuya posesión se readquiere con el interdicto de recobrar.

g) Las pensiones de un censo cuyo reconocimiento y pago se consigue.

h) Las servidumbres confesadas y ejercitadas durante el matrimonio.

i) Los inmuebles adquiridos en virtud de comiso por parte del dueño directo, ó de redención por parte del dueño útil.

j) Las fincas ó derechos ó bienes de cualquier clase, cuyo dominio se consolida en la persona del marido ó de la mujer por cumplimiento de condiciones suspensivas ó incumplimiento de condiciones resolutorias.

k) El usufructo incorporado durante el matrimonio á la nuda propiedad de bienes pertenecientes á uno sólo de los cónyuges.

l) Las adquisiciones realizadas mediante prescripción consumada durante la unión.

m) Las procedentes de actos nulos confirmados válidamente en el mismo período.

n) Las de bienes litigiosos, de los que durante la sociedad ha adquirido alguno de los cónyuges la posesión pacífica.

C) *Códigos extranjeros.*—Los artículos 1375 y 1376 del código de Venezuela concuerdan con el 1396 del nuestro, dando al precepto la forma en que están redactados los 1336 y 1337, y omitiendo lo relativo á la compra. En cuanto á ésta, los artículos 1377 y 1378 disponen que lo comprado con dinero de la mujer pertenece á ella, y lo comprado con dinero del marido es ganancial, aunque con derecho á reintegro, á no declarar en forma auténtica, al tiempo de la adquisición, que adquiere para sí.

El código de Guatemala trata de esta materia en los artículos 1093 al 1097. El capital del marido se halla formado por lo que aporta al matrimonio, siempre que conste en escritura pública, y lo adquirido después por título lucrativo. El capital de la mujer lo constituyen, la dote, las arras, los bienes parafernales, y las adquisiciones posteriores por herencia, legado ó donación. Todos los bienes comprados ó permutados con otros se reputan, para los efectos legales, como si fueran de la misma clase y naturaleza de aquellos con que se compraron ó permutarán.

El código de Chile contiene disposiciones bastante completas en la materia. Son privativos de cada conyuge los bienes inmuebles en sí mismos, y el valor de los bienes muebles aportados al matrimonio ó adquiridos durante él por título lucrativo.

No entran á formar el haber social, segun el art. 1727: «1.°, el inmueble que fuere debidamente subrogado á otro inmueble propio de alguno de los cónyuges; 2.°, las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados á ello en las capitulaciones matrimoniales ó en una donación por causa de matrimonio; y 3.°, todos los aumentos materiales que acrecen á

cualquiera especie de uno de los cónyuges formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación ó cualquiera causa.»

Los artículos 1728 y 1729 contienen los preceptos especiales siguientes: «El terreno contiguo á una finca propia de uno de los cónyuges, y adquirido por él durante el matrimonio á cualquier título que lo haga comunicable, segun el art. 1725, se entenderá perteneciente á la sociedad, á menos que con él y la antigua finca se haya formado una heredad ó edificio de que el terreno últimamente adquirido no pueda desmembrarse sin daño; pues entonces la sociedad y el dicho cónyuge serán condueños del todo, á prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación.»

«La propiedad de las cosas que uno de los cónyuges poseía con otras personas proindiviso, y de que durante el matrimonio se hiciere dueño por cualquier título oneroso, pertenecerá proindiviso á dicho cónyuge y á la sociedad, á prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero, y de lo que haya costado la adquisición del resto.»

Tratan de las minas, tesoros y donaciones los artículas 1730 á 1732 y 1738.

Los 1733 á 1735 se ocupan de la subrogación de inmuebles ó valores por inmuebles, en casos de permuta ó compra.

Segun el art. 1736, la especie adquirida durante la sociedad conyugal, aunque lo sea á título oneroso, no pertenece á dicha sociedad cuando la causa ó título de la adquisición ha precedido á ella, citándose como consecuencia de esta regla varios casos especiales de aplicación.

Aunque omitiendo algunos preceptos de detalle, y bajo la base de no ser comunes los bienes inmuebles, contienen los mismos preceptos del código de Chile, los artículos 1912 y 1918 al 1922 del código de Uruguay, los 1263 y 1266 al 1270 del de la República Argentina, y 2133 al 2139, 2145 y 2147 del de Méjico. Entre los bienes adquiridos por título lucrativo, comprende este código los precedentes de dones de la fortuna.

Prescindimos de los preceptos de los códigos de Francia, Italia, Holanda, Portugal y Alemania, porque sólo excepcionalmente, ó cuando así se pacta en las capitulaciones admiten el sistema de gananciales.

ARTÍCULO 1397

El que diere ó prometiere capital para el marido, no quedará sujeto á la evicción sino en caso de fraude.

A) *Precedentes legales.*—Con relación á la dote, la ley 22 del título 11, Partida 4.ª, dispone lo siguiente: «Venciendo algun ome en juicio al marido por la dote quel dió su mujer ó por la quel ouiesse alguno dado en nome della, si non fuesse apreciada la dote quando la establescieron, el peligro sería de la mujer, si se perdiesse la dote ó se menoscabasse.»

Distingue la ley el caso en que el constituyente de la dote se obligó al saneamiento, de aquel en que no medió tal obligación, disponiendo que en este último caso, mediando buena fé no debía responder el donante en caso de evicción, pero sí mediando fraude ó habiéndose obligado al saneamiento.

B) *Comentario.*—La palabra fraude en este artículo equivale á la de engaño ó dolo.

El artículo 1397 se refiere exclusivamente al marido; pero aplica un principio natural en las donacionss y actos á título gratuíto. Falta en el Código un precepto igual con relación á los bienes de la mujer, si bien podía considerarse bastante lo dispuesto en general para las donaciones en el art. 638.

En el comentario de dicho artículo quedó expuesto el fundamento de la disposición, y la subrogación que por virtud de la donación se realiza en el donatario en cuanto á todos los derechos y acciones que correspondían al donante respecto á los bienes donados. En materia de donaciones, la regla general es, por lo tanto, que el donante no responde al saneamiento en caso de evicción, desapareciendo su personalidad, y pasando al donata-

rio cuantos derechos pudieran á aquel corresponder en dicho caso contra los transmitentes anteriores.

Mas, como el principio se aplica con justicia sólo á los actos gratuitos, en que resplandece por completo la espontaneidad y la liberalidad del donante, la regla admite las naturales excepciones siguientes:

1.ª Cuando el mismo donante se obliga al saneamiento, ya en caso de evicción, ya por vicios ó gravámenes ocultos, pues se trata de un derecho que se le concede, y al que puede validamente renunciar. La excepción no está expresa en la ley, pero es tan natural que ha de sobreentenderse en todo caso.

2.ª Cuando la donación fuese onerosa, en cuyo caso el donante responde hasta la concurrencia del gravamen (art. 638).

3.ª Cuando se trata de dote obligatoria ó necesaria, pues prescindir de las consecuencias de la evicción en este caso, equivaldría á poder dejar incumplida la obligación. Expresamente consignaba esta excepción el art. 1270 del proyecto de Código de 1851, y así se establece en varios códigos extranjeros.

4.ª Cuando interviene dolo ó fraude por parte del donante. Así se consigna, casi sin necesidad en el artículo 1397 que estamos comentando, y así ha de entenderse, tanto con relación á las donaciones hechas al marido como en las hechas á la mujer.

Como dice Goyena, el fraude envuelve siempre, y sin necesidad de mención especial, la responsabilidad al resarcimiento de daños y perjuicios. Véase el comentario de los artículos 1269 y 1270.

Téngase tambien presente, respecto á donaciones por razón de matrimonio, la disposición especial del art. 1332.

C) *Códigos extranjeros.*—Concuerda este artículo con el 1913 del código de Uruguay.

Exige la garantía de evicción en general al que constituye patrimonio en favor del marido ó de la mujer el art. 1373 del código de Venezuela.

El artículo 1077 del de Italia conviene en realidad con lo dispuesto en los 938 y 1397 del nuestro; pero con relación á la do-

te, el art. 1396 de dicho código determina que los que la constituyan están obligados á garantir los objetos asignados á la misma. Asi también lo establecen los artículos 1440 y 1547 del código francés. Se funda esta excepción de la dote, aun teniendo carácter voluntario, en considerarse un título oneroso con relación al marido.

ARTÍCULO 1398

Los bienes donados ó dejados en testamento á los esposos, conjuntamente y con designación de partes determinadas, pertenecerán como dote á la mujer y al marido como capital, en la proporción determinada por el donante ó testador; y á falta de designación, por mitad, salvo lo dispuesto por el art. 637.

A) *Precedentes legales*—Ley 1.ª, tít. 4.º, libro 10, Novísima Recopilación. Véase en los precedentes del art. 1396.

B) *Comentario*—Nos hemos referido al supuesto de este artículo al comentar el 1396, como simple aclaración que es de un caso que pudiera parecer dudoso al aplicar el número 2.º del mismo. Véase tambien el comentario del art. 937.

Las donaciones, y lo mismo los legados hechos conjuntamente á los esposos sin designación de partes, eran considerados en nuestro antiguo derecho como bienes gananciales, y así se estiman en el código de Méjico, habiendose discutido mucho sobre la calidad que debieran tener tales adquisiciones. Nuestro Código, consecuente con lo expuesto en materia de donaciones, sólo vé en el acto dos adquisiciones á título singular lucrativo, en porciones iguales de un objeto, y no encuentra en la proindivisión resultante, aun tratándose de marido y mujer, base suficiente para convertir ese título en una adquisición ganancial.

Á la disolución del matrimonio el resultado puede ser el mismo, ya que si existen gananciales han de dividirse por mitad; pero durante el matrimonio la cuestión es muy distinta, porque si los bienes donados se estimasen gananciales, dispon

dría de ellos el marido, y siendo privativos por mitad de cada cónyuge, las reglas para su administración y disposición son muy distintas: el marido dispondrá de lo suyo; no dispondrá nunca de lo de su mujer, y aun si se trata de parafernales, podrá verse privado de la administración con las consecuencias que con relación á los frutos señala el art. 1386.

Es frecuente en las llamadas antes donaciones esponsalicias hacer regalos á los esposos, conjuntamente sin designación de partes. Del mismo modo pueden hacerse donaciones más importantes. La ley presume, con razón, que se dona á cada uno de los cónyuges por mitad, como ya expresaba el art. 937, y les concede el derecho de acrecer, por presumirse que esa es, desde luego, la voluntad del donador.

Esta doctrina hay que relacionarla, cuando se trate de donaciones por razón de matrimonio, con el precepto de los artículos 1326 y núm. 2.° del 1333, que impedirá en muchos casos la aplicación del párrafo 2.° del 937, porque si uno de los esposos muere ó es absolutamente incapaz, y por ello no se realiza el matrimonio, la donación quedará sin efecto, haciéndose imposible el derecho de acrecer por tales motivos, y como esas donaciones se presumen aceptadas por el hecho de realizarse la unión, es muy difícil que aun por falta de aceptación proceda aquel derecho.

Pero, aparte de que aun así cabe que uno de los futuros esposos renuncie su parte, antes de casarse, debe tenerse presente que la esfera de acción del art. 1398 es mucho más amplia, comprendiendo, no sólo las donaciones anteriores al matrimonio y las hechas durante el mismo, sino lo dejado en testamento á título de herencia ó legado.

Respecto al derecho de acrecer cuando se trate de cosas dejadas conjuntamente á los esposos, en virtud de testamento, es aplicable lo dispuesto en los artículos 981 al 987.

C) *Códigos extranjeros.*—Concuerda con los artículos 1726 del código de Chile, 1914 del de Uruguay, 1379 del de Venezuela y 1264 del de la República Argentina. Según el núm. 2.°

del art. 2141 del código de Méjico, «son gananciales los bienes que provengan de herencia, legado ó donación hechos á ambos cónyuges sin designación de partes. Si hubiere designación de partes, y éstas fuesen desiguales, sólo serán comunes los frutos de la herencia, legado ó donación.»

ARTÍCULO 1399

Si las donaciones fueren onerosas, se deducirá de la dote ó del capital del esposo donatario el importe de las cargas, siempre que hayan sido soportadas por la sociedad de gananciales.

A) *Antecedentes legales.*—Véase el comentario de los arts. 618 y 619.

B) *Comentario.*—El presente art. 1399 ha de tenerse presente al liquidar la sociedad de gananciales, y tiene más importancia en aquel lugar que en el que ahora nos ocupa.

Es donación onerosa aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor del objeto donado. Es lo natural que ese gravamen lo sufra el mismo donatario, pero en la sociedad conyugal no es raro que los gravámenes se soporten por la sociedad. En tal caso, se deducirán del capital de la mujer (dote ó bienes parafernales), ó del capital del marido, cuando haya de procederse á la liquidación y restitución correspondientes.

Pero esto debe entenderse de los gravámenes ó cargas que afecten al capital, pues si sólo afectan á los frutos, todo se reduce á que existan menos ingresos por tal concepto en la sociedad conyugal y no procederá la reducción.

Goyena dice: «El importe de las cargas rebaja en otro tanto el importe ó valor de lo donado; y la sociedad que las ha soportado, tiene derecho á este equivalente. Pero esto no debe entenderse de las cargas ordinarias y periódicas, ó de las inherentes á la misma cosa donada por razón ó consecuencia de sus frutos, con cuyo aprovechamiento deberán estimarse compensadas.»

Pondremos algunos ejemplos: Al contraer matrimonio, la mujer recibe dos donaciones, una consistente en una finca con la obligación de entregar al donante ó á un tercero la mitad de sus frutos, y la otra de varios bienes, con la condición de redimir del servicio militar á un sobrino del donador. En la primera, el gravamen afecta á los frutos; la sociedad de gananciales que los adquiere sufre la carga y no ha lugar á deducción. En la segunda, la cantidad abonada por la sociedad se deduce del capital dotal ó parafernal de la mujer, porque esa cantidad representa el perjuicio que la sociedad sufre y por el que debe obtener la correspondiente indemnización.

El marido adquiere, durante el matrimonio, donación de un cuerpo de bienes con las condiciones de pagar las deudas del donante, proporcionarle habitación y satisfacerle una pensión vitalicia de una ó dos pesetas diarias. Se supone, es claro, que el valor de los bienes es superior al de las cargas impuestas, pues si no, no habría donación. Lo pagado por las deudas del donante es, desde luego, deducible del capital del donatario, si lo abona la sociedad; la pensión, capitalícese ó no, no debe deducirse, pues se supone que los productos de los bienes son superiores á su importe, y se paga la pensión con parte de esos productos. En cuanto á la habitación, ya se facilite en casa perteneciente á la donación ó en otra de la sociedad de gananciales, representa una disminución en los ingresos ó productos, no un abono de capital; la sociedad tiene un perjuicio, pero suficientemente indemnizado con el exceso de frutos de los bienes donados.

Ahora bien; puede ocurrir que aun excediendo el valor de los bienes al de los gravámenes, no produzcan aquéllos frutos suficientes para el pago, por ejemplo, de la pensión. Esto no altera la cuestión, porque son á cargo de la sociedad de gananciales las cantidades devengadas durante el matrimonio, de las obligaciones á que estuviesen afectos los bienes propios de los cónyuges, ó lo que es lo mismo, la pensión se paga con otros frutos, y mientras la carga no exija desembolso de capital, ó el

perjuicio se traduzca sólo en una disminución de ingresos, creemos no ha lugar á la indemnización ó deducción de que habla el art. 1399. Así parece autorizarlo el precepto del artículo 1403, al considerar como frutos, y por tanto, bienes gananciales, las pensiones.

El art. 1399 no habla de las donaciones remuneratorias, á las que nos hemos referido en el comentario del art. 1396, considerando procedente lo dispuesto en el código de Chile (art. 1738). Nos fundamos en que esa disposición se conforma con el concepto dado por nuestro Código á las donaciones remuneratorias en el art. 619. El equivalente que es exigible judicialmente por servicios prestados, es más bien producto del trabajo que donación, aunque con este carácter se verifique su entrega.

C) *Códigos extranjeros.*—Concuerda con los artículos 1915 del código de Uruguay, 2135 del de Méjico y 1265 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 1400

En el caso de pertenecer á uno de los cónyuges algún crédito pagadero en cierto número de años, ó una pensión vitalicia, se observará lo dispuesto en los artículos 1402 y 1403 para determinar lo que constituye la dote y lo que forma el capital del marido.

Véase el comentario de los artículos 1402 y 1403.

SECCION TERCERA

DE LOS BIENES GANANCIALES

ARTÍCULO 1401

Son bienes gananciales:

1.º Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio á costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

2.° Los obtenidos por la industria, sueldo ó trabajo de los cónyuges ó de cualquiera de ellos.

3.° Los frutos, rentas ó intereses percibidos ó devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes ó de los peculiares de cada uno de los cónyuges.

A) *Precedentes legales.*—La doctrina referente á bienes gananciales y bienes propios de cada cónyuge en el derecho antiguo, ha experimentado importantes alteraciones.

Era fundamental en la materia la ley 1.ª, tít. 3.°, libro 3.° del Fuero Real (1.ª, tít. 4.°, libro 10 de la Nov. Recopilación). «Toda cosa que el marido y la mujer ganaren ó compraren, estando de consuno, háyanlo ambos de por medio».

Prescindiendo de la palabra *ganaren*, que en otras leyes tiene su desenvolvimiento, los autores descomponían la citada ley, considerando con arreglo á ella como gananciales:

1.° Las adquisiciones á título común oneroso ó realizadas por ambos cónyuges, bien á costa del caudal común, bien con dinero de ambos.

2.° Las adquisiciones hechas privativamente por el marido á título oneroso durante el matrimonio con dinero de su pertenencia.

3.° Las adquisiciones de igual clase hechas por la mujer con dinero propio.

En los dos últimos casos, aunque lo comprado ó adquirido á título oneroso era ganancial, el cónyuge de quien procedía el dinero tenía el derecho de recobrar el precio ó equivalente que dió, tomandolo del caudal de la sociedad.

Exceptuábanse de ambas reglas, por entenderse que había verdadera sustitución ó subrogación:

a) El caso de permuta con bienes propios de uno de los cónyuges.

b) El caso de haberse vendido una finca de uno de los dos cónyuges, empleándose el precio en la compra de otra.

Ambas excepciones se comprendían en la ley 11, tít. 4.°, libro 3.° del Fuero Real.

El proyecto de Código de 1851, art. 1324, sosteniendo en parte esta doctrina, decía: «Los bienes adquiridos por el marido durante el matrimonio, con dinero propio suyo, se reputarán gananciales, á no ser que el mismo marido hubiese declarado en forma auténtica, al tiempo de la adquisición, que los adquiría para sí; pero en el primer caso el precio corresponderá al capital marital en la cantidad que se sacó del mismo».

Tambien se consideraban gananciales en el derecho antiguo.

4.° Las adquisiciones á título comun lucrativo. «Y si fuesse donadió de Rey o de otri, y lo diesse á ambos, hayánlo marido y mujer». (Ley 1.ª, tít. 4.°, libro 10 de la Nov. Recopilación).

5.° Los frutos, rentas ó intereses de los bienes del marido ó de la mujer, ó de ambos. «Maguer que el marido haya más que la mujer, ó la mujer más que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunes de ambos a dos». (Ley 3.ª, tít. 3.°, libro 3.° del Fuero Real, que es la 3.ª, tít. 4.°, libro 10, Nov. Recopilación).

6.° Los productos del trabajo, profesión ó industria de cada uno de los cónyuges, salvo lo que constituia el peculio castrense. (Ley 5.ª, tít. 4.°, libro 10, Nov. Recopilación, dada por Don Enrique IV en Nieva, año 1473).

7.° Como veremos en el art. 1404, las mejoras hechas en los bienes comunes, así como tambien el importe de las hechas por la sociedad, en los bienes particulares del marido ó de la mujer.

8.° Las mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo en bienes comunes, y los aumentos materiales en los mismos, provenientes de la accesión, en casos de aluvión, edificación, plantación y otros semejantes.

Y 9.° Cuanto *ganaren* los cónyuges viviendo de consuno, en cuya generalidad de expresión cabe incluir toda ganancia proveniente de hecho fortuito ó don de la fortuna, juego, lotería, apuesta, tesoro, etc.

B) *Comentario.*—Los artículos 1401, 1404 y 1406, determinan los bienes que con arreglo al Código deben considerarse actualmente como gananciales. El 1407 sienta una regla general importantísima en la materia. Los 1402, 1403 y 1405 sirven de aclaración ó complemento al 1401, que vamos á comentar.

Los bienes gananciales, como los propios de cada cónyuge, pueden clasificarse en dos grupos: bienes directamente gananciales, y bienes gananciales por sustitución ó subrogación.

PRIMER GRUPO. *Bienes gananciales directos.*—En ellos se comprenden los números 2.° y 3.° del art. 1401, ó sean los frutos de los bienes y los productos del trabajo de los cónyuges.

Nada más natural que los productos todos del trabajo y de los bienes de cada uno de los cónyuges ó de ambos, se destinen desde luego á cubrir las necesidades de los mismos, con completa igualdad ó sin distinción alguna en favor del marido ó de la mujer por razón del mayor ó menor capital que puedan tener. Lo mismo cabe decir respecto á las demas cargas ú obligaciones de la sociedad. Se trata de necesidades ó cargas comunes que han de ser totalmente satisfechas ó cumplidas. El cumplimiento exige medios, y sin tocar al capital de cada cónyuge, esos medios los proporcionan en primer término los frutos ó productos del capital ó del trabajo. Aun en el sistema de separación de patrimonios, se impone la necesidad de formar un fondo comun, para satisfacer y cumplir las obligaciones comunes. No hay más que una diferencia: en el sistema de gananciales, ese fondo se constituye con todo lo que puede llamarse ganancias obtenidas durante el matrimonio, con todos los frutos de los bienes y todos los productos del trabajo; en el sistema de separación, deben contribuir en proporción al importe de sus respectivos capitales, y sólo en la parte necesaria para el cumplimiento.

Estudiemos con separación lo relativo á ambas fuentes de bienes gananciales directos.

I. *Productos del trabajo.*—Como dice Laurent, la mayor parte de las comunidades solo se componen de los productos del tra-

bajo de los asociados, por ser el solo bien que los futuros esposos poseen; este bien sirve de base á todo lo demás, es el principio de la riqueza y el apoyo de la moral.

El número 2.° del art. 1401 no admite exclusión de ninguna clase. Ya se trate de un jornal ó salario devengado periódicamente por trabajos manuales de mas ó menos importancia, ya de sueldo, honorarios ó derechos en el ejercicio de un cargo ó profesión, ya de los productos de una empresa industrial ó mercantil, ya de una recompensa por obras ó servicios; ya sean los trabajos industriales, agrícolas, comerciales, científicos, artísticos ó literarios; ya, en fin, se obtengan los beneficios por uno solo de los cónyuges ó por ambos, todo es ganancial, y todo se entiende pertenecer por mitad tanto al marido como á la mujer.

Lo único procedente en ciertos casos será distinguir cuidadosamente lo que debe ser considerado como donación, aunque remuneratoria, y lo que es realmente producto del trabajo ó industria de alguno de los cónyuges.

Un literato insigne publica obras notables, obteniendo los derechos inherentes á la propiedad literaria; un industrial obtiene determinados privilegios; un abogado ilustre, un médico de renombre, un cantante famoso, un torero arriesgado, obtienen crecidos productos con la venta de sus obras, ó de sus géneros, ganan sumas fabulosas en el ejercicio de su profesión ó arte, mientras tal vez su consorte nada gana, ni nada lleva materialmente á la sociedad: no importa, de los beneficios disfrutan por igual ambos cónyuges, y cuanto en el día de la disolución exceda al caudal privativo de cada uno, y al importe de las deudas, se reparte con igualdad.

Este resultado puede parecer injusto; pero ni los casos apuntados son frecuentes, ni puede desconocerse la influencia, á veces decisiva, que el cónyuge que nada gana tiene en la conservación de lo ganado. En este aspecto de la cuestión nos referimos á cuanto quedó expuesto en las ideas generales al principio de este tomo.

II. *Frutos.*—El número 3.° del art. 1401, considera ganan-

ciales los frutos, rentas ó intereses percibidos ó devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes ó de los peculiares de cada uno de los cónyuges.

Por de pronto, sólo habrá frutos ó rentas de los bienes de cada cónyuge; mas tarde, durante la sociedad y por subrogación con esos mismos frutos ó con los productos del trabajo, se adquirirá tal vez un capital común, que á su vez producirá nuevas rentas ó frutos.

En la frase frutos, rentas ó intereses, la ley comprende toda clase de frutos naturales, industriales ó civiles provenientes del capital, todos los productos ó utilidades que los bienes puedan proporcionar. La sociedad de gananciales tiene derecho á todo cuanto pueda considerarse como frutos, segun las reglas establecidas para el usufructo. Los arts. 1402, 1403 y 1405 completan el pensamiento del legislador, resolviendo casos que pudieran ofrecer alguna duda en la materia que examinamos.

La ley se refiere con la palabra *percibidos* á los frutos naturales ó industriales, y con la palabra *devengados* á los frutos civiles. Unos y otros han de haber sido percibidos ó devengados durante el matrimonio.

Los frutos *civiles* se entienden devengados día por día: la regla en ellos no puede ser mas sencilla. Importa poco la época en que se realice el pago. Si se percibieron adelantados, el cónyuge propietario debe á la sociedad cuanto á ésta corresponda, ó sea los devengados desde el día de la celebración del matrimonio. Si las rentas, intereses, productos ó utilidades se perciben ó cobran despues, la sociedad debe al propietario la parte proporcional correspondiente hasta el día de la unión.

Entre los frutos civiles merecen consideración especial los beneficios obtenidos de participaciones en alguna explotación industrial ó mercantil.

Véase, en cuanto á toda esta materia, el comentario de los artículos 474 y 475.

En los frutos *naturales ó industriales*, la regla es la percepción. Los frutos ya percibidos al tiempo de verificarse la unión,

pertenecen al propietario respectivo de los bienes que los produjeron. Los pendientes en ese momento, ó percibidos durante el matrimonio, pertenecen á la sociedad. Es la aplicación de la regla general relativa al usufructo.

¿Deberán abonarse al propietario los gastos de siembra, cultivo ú otros semejantes, hechos con anterioridad al matrimonio para la obtención de los frutos? Esa es la regla general contenida en el art. 356: la sociedad que recoge los frutos debiera abonar los gastos hechos por el cónyuge propietario para la producción. Pero el art. 471 altera esta regla en las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario: el usufructuario, al comenzar el usufructo, no tiene obligación de abonar al propietario ninguno de los gastos hechos.

¿Debe aplicarse la regla general, ó la excepción? Aunque la cuestión puede parecer dudosa, creemos debe resolverse con el criterio del art. 1357, ó sea por las reglas relativas al usufructo.. No sería lógico que el marido, en el régimen dotal, ó la sociedad en el régimen de gananciales, no tuviesen obligación de abonar nada á la mujer como propietaria de los bienes dotales, por razón de los gastos expresados, y en cambio tuvieran que abonar al marido por su capital propio. La sociedad tiene un verdadero derecho de usufructo sobre los bienes propios de cada cónyuge, y como entidad usufructuaria, creemos no tiene obligación de abonar al propietario, al principio del usufructo, los gastos ordinarios de cultivo, simientes ú otros semejantes. Media, además, en este caso la consideración de que el cónyuge propietario usufructúa, como miembro de la sociedad, los bienes de que se trata.

En cuanto á los frutos naturales, industriales ó civiles, pendientes á la terminación de la sociedad de gananciales, se impone la aplicación del art. 1380, pues aunque escrito expresamente para la dote, muestra con claridad el criterio del legislador en esta cuestión, criterio de proporción que es, por otra parte, el más justo. Insistiremos al ocuparnos de la liquidación de la sociedad.

Minas.—Nada expresa nuestro Código en este artículo ni en el 1396 con relación á las minas, materia en la que pueden presentarse algunas dudas.

Tenemos como base lo dispuesto en los artículos 476 al 478.

Las minas ya pertenecientes á uno ú otro de los esposos, en el momento de la celebración del matrimonio, forman, desde luego, parte de su caudal propio. Sus frutos son gananciales.

¿Qué se entiende por frutos en las minas? Tampoco en esta parte puede haber duda. El fruto de la mina es su producto, el mineral extraído, ya se venda, se transforme ó se utilice de cualquier modo; mas como el mineral es parte de la misma mina, y según dijimos en otro lugar, el disfrute de dicha mina excluye la disposición de lo disfrutado, y la disposición excluye el disfrute, la ley en el art. 477 establece una regla para los usufructos legales, en virtud de la cual, el usufructuario, aquí la sociedad de gananciales puede explotar la mina, haciendo suyas la mitad de las utilidades que resulten, después de rebajar los gastos que debe satisfacer por mitad con el propietario.

Nos referimos al comentario de dicho artículo.

En cuanto á las minas aun no conocidas al tiempo de la celebración del matrimonio, ya vimos en las reglas relativas al usufructo que, como independientes del suelo, no se comprenden en dicho usufructo, por regla general, y son en absoluto utilizables por el denunciante, ya sea el nudo propietario, el usufructuario mismo ó un tercero. Pero esta regla, ¿debe tener aplicación en la materia que nos ocupa?

Con arreglo al último párrafo del art. 478, el usufructuario puede extraer cal, yeso y piedras de las canteras para reparaciones ú obras que esté obligado á hacer ó sean necesarias. Este derecho existe, desde luego, en la sociedad de gananciales respecto á las expresadas sustancias, que forman todas las comprendidas en la primera clase de minerales, ya se conociese la existencia de las canteras en la finca propia de alguno de los cónyuges, al verificarse el matrimonio, ya se descubriese después.

Tratándose de minerales de otra clase, descubiertos ó denunciados durante el matrimonio, el principio de la independencia entre el suelo y el subsuelo sólo tiene importancia en la materia que examinamos, cuando el propietario del suelo es un tercero. En todo caso, la denuncia de la mina por uno de los cónyuges debe considerarse como obra de su trabajo ó industria, y la mina, por tanto, ganancial. Este es el criterio de los códigos de Méjico y Chile, y nos parece el más fundado, ya se encuentre la mina bajo el terreno propio de alguno de los cónyuges, ó forme el subsuelo de una finca perteneciente á tercera persona.

Tesoros.—También ofrece alguna dificultad decidir si los tesoros, descubiertos durante el matrimonio, en la parte perteneciente al inventor, deben ó no considerarse bienes gananciales.

Desde luego, cuando el tesoro no se descubre por casualidad, sino á fuerza de trabajos realizados de acuerdo ó con consentimiento del propietario del terreno, no cabe duda de que debe considerarse como ganancial.

Mas si el tesoro se descubre casualmente, es un don de la fortuna, una ganancia casual, impensada. No cabe en ninguno de los números del art. 1401, porque ni es fruto, aunque se encuentre en terreno de alguno de los cónyuges, ni es producto del trabajo ó la industria, ni es adquisición á título oneroso con fondos del caudal común.

El tesoro es, desde luego, adquisición á título lucrativo, porque no exige equivalente alguno por parte del descubridor. Esto resolvería tal vez la cuestión si no existiera el art. 1406, que considera las ganancias del juego, don también de la fortuna, como bienes gananciales. Otros códigos, ó resuelven la cuestión directamente ó declaran ganancial lo adquirido por hechos fortuítos, como lotería, juego, apuesta, etc. Esto ocurre en los códigos de la República Argentina y Uruguay; aquéllo en los de Chile, Colombia y Méjico.

El art. 1731 del código de Chile dice: «La parte del tesoro, que según la ley pertenece al que lo encuentra, se agregará

al haber del cónyuge que lo encuentre; y la parte del tesoro que, según la ley, pertenece al dueño del terreno en que se encuentra, se agregará al haber de la sociedad, si el terreno perteneciere á ésta, ó al haber del cónyuge que fuera dueño del terreno.» Igual criterio domina en el código de Méjico.

Algo significa que los dos expresados códigos, cuyo sistema de gananciales representa una comunidad relativa más extensa, no consideren ganancial el tesoro descubierto en esas circunstancias. Teniendo esto en cuenta, y además, que en nuestro Código no se declara expresamente ganancial lo adquirido por don de la fortuna ó por hecho fortuíto, que el art. 1406 resuelve un caso especial que á lo más puede extenderse á toda clase de ganancia en juego, rifa ó apuesta, pero no á adquisiciones de naturaleza, en parte distinta, como la que nos ocupa, y que el art. 1396 considera privativo en general de cada cónyuge lo que adquiere por título gratuíto, pudiera deducirse que el tesoro descubierto por casualidad durante el matrimonio por uno de los esposos, pertenece exclusivamente al inventor en la parte que le asigna la ley.

Sin embargo, no consideramos la más acertada esta solución. Aunque el tesoro sea una adquisición gratuíta porque no exige equivalente alguno, no puede equipararse al título lucrativo, base de adquisición privativa de los cónyuges. En estas adquisiciones hay una persona transmitente, llámese donante ó testador, que designa y determina la persona del adquirente, presumiéndose con lógica su voluntad de que el donatario, legatario ó heredero, no comparta los bienes con otras personas distintas, aunque se trate de un cónyuge. La ley y los mismos testadores y donantes tienden siempre á conservar los bienes en la familia, á impedir que pasen á familias extrañas, y este fin quedaría frustado con harta facilidad y frecuencia, si los bienes donados ó legados se considerasen gananciales. Hay, pues, en cuanto á esas adquisiones, una base y una razón para decidir.

Nada de eso ocurre respecto á los tesoros descubiertos por

casualidad. La suerte designa la persona del adquirente, y no se pretende la conservación de los bienes en una determinada familia, ni por la ley, ni por la voluntad del dueño que es desconocido. Se trata de un don de la fortuna, de un hecho fortuíto, como el resultado del juego ó de la lotería; se trata de una ganancia casual obtenida durante el matrimonio, y lógico es que no se prive de ella á una sociedad que precisamente tiene por objeto la comunicación de las ganancias. Por esto juzgamos que debe considerarse la mitad del tesoro adjudicada por la ley al inventor, ganancial, y estimarse el caso comprendido en el art. 1406, que se refiere al juego y á las ganancias obtenidas por *otras causas* que eximan de restitución.

Otros casos.—Lo que decimos del tesoro casualmente descubierto, es aplicable á otras adquisiciones realizadas por hecho fortuíto, hallazgo de conchas, perlas ó piedras preciosas, de dinero, etc.

Es claro que si interviene en el acto ó en la adquisición la industria ó el trabajo de alguno de los cónyuges, la cuestión no puede ofrecer duda. El que se dedica á la caza ó á la pesca, á la busca de criaderos de perlas ó de coral, etc., no adquiere sólo para sí, adquiere para la comunidad.

Del mismo modo el que cultiva ó rotura un terreno abandonado, y, desde luego, por haber existido abandono real, ó mediante la prescripción ó el cumplimiento de ciertas formalidades legales, lo hace suyo durante el matrimonio, adquiere tambien para la sociedad de gananciales.

Véase, en caso de prescripción empezada antes del matrimonio, el comentario del art. 1396.

SEGUNDO GRUPO. *Bienes gananciales por subrogación.*—Si se exceptúan los frutos del capital, los productos del trabajo, los dones de la fortuna y otras adquisiciones análogas, cuantos bienes gananciales existan puede decirse que lo son por subrogación ó sustitución. Lo que queda del ingreso en frutos, rentas y utilidades del trabajo, después de cubiertas las cargas ó necesidades de la sociedad, los ahorros ó economías conseguidos

con más ó menos esfuerzo, se invierten en algo útil, en capital, que á su vez produce nuevas utilidades ó ganancias.

En efecto, la ley considera bienes propios de cada cónyuge todos los adquiridos por título lucrativo, particular ó común. El título gratuíto, en el sentido que le hemos asignado, no puede ser nunca fuente de bienes gananciales, puesto que lo que se gana con el trabajo material ó intelectual se obtiene á costa de un equivalente, y no merece el concepto de acto á título lucrativo. En cuanto á las adquisiciones á título oneroso, la ley atiende sólo á la pertenencia anterior del equivalente entregado, de modo que esas adquisiciones siempre sustituyen á otros bienes, que en la ley tenían ya marcado su carácter privativo ó ganancial.

Son bienes gananciales, según el núm. 1.º del art. 1401, los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio á costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los cónyuges.

Esta fuente de bienes gananciales es importantísima. Se compone, en primer término, de bienes muebles ó inmuebles comprados durante el matrimonio, ó de créditos adquiridos por desembolsos hechos ó servicios prestados; pero después caben todas las transformaciones posibles, de que nos ocupamos al comentar el art. 1396, como caben nuevos frutos y accesiones y mejoras. Exige el art. 1401 que la adquisición se haga á costa del caudal común, como exige el 1396 para estimar los bienes no gananciales, que el dinero ó equivalente proceda de un modo exclusivo del capital de la mujer ó del marido.

Pero en este punto, el art. 1407 establece una regla que realmente altera la igualdad de condiciones, que parece existir entre unos y otros bienes, para determinar su carácter ó cualidad. Cuando no consta si la adquisición se realiza á costa del caudal común ó del privativo de alguno de los cónyuges, los bienes adquiridos se consideran gananciales, y ésto, ya adquiera solamente el marido ó solamente la mujer. Disfrutan, pues, los bienes gananciales un privilegio que no tienen los propios de cada

cónyuge: en éstos se exige la prueba de la procedencia del dinero ó equivalente empleado; en aquéllos no se exije prueba alguna, la presunción está siempre á su favor. En un país como el nuestro, donde por apatía ó temor á gastos y molestias se omiten formalidades legales, resulta de hecho que es con frecuencia difícil justificar la procedencia del dinero, por lo que aun siendo cierta una adquisición privativa, legalmente queda convertida y ha de ser mirada como ganancial.

Los bienes adquiridos á título oneroso durante el matrimonio á costa del caudal común ó en virtud de un equivalente cuya procedencia no consta, son, pues, gananciales. Si esos bienes después se permutan, ó en virtud de retracto ó adjudicación en pago, cumplimiento ó incumplimiento de condiciones, expropiación forzosa, etc., se adquieren otros en su sustitución ó equivalencia, los nuevos representan á los antiguos, son también gananciales, pudiendo darse aquí por reproducido cuanto sobre este particular quedó expuesto en el comentario de los artículos 1396 y 1337.

Cuantos aumentos reciban por accesión los bienes gananciales, ya en virtud de aluvión, plantación, edificación ú otra causa, son gananciales, como lo es el aumento de valor que puedan recibir por obra de la naturaleza, por el transcurso del tiempo ó por la industria ó trabajo de ambos cónyuges ó de cualquiera de ellos.

Los cónyuges, por ejemplo, invierten el producto de sus ahorros en títulos de la Deuda, comprándolos al 65 por 100; si el tipo de cotización oficial el día de la disolución del matrimonio es el 81, ese exceso de valor es ganancial. Una empresa mercantil adquiere más valor é importancia por la inteligencia del marido; el aumento es también ganancial.

Al subrogarse los bienes privativos de los cónyuges, puede ocurrir que produzcan frutos que antes no producían ó viceversa. La mujer, por ejemplo, aporta al matrimonio una finca en nuda propiedad y vende su derecho durante la subsistencia de la sociedad, empleando el dinero obtenido en forma de pro-

ducir pingües utilidades ó ganancias; ha sido objeto de duda en Francia si estas utilidades debían, en tal caso, ser comunes ó exclusivas de la mujer. Resolvióse, como era natural, en favor de la comunidad. Los frutos de los bienes privativos de cada cónyuge son gananciales siempre, importando poco que esos bienes hayan sustituído á otros que no los producían. Mientras no hay productos no puede pretenderse utilidad; pero en cuanto existan, no pueden menos de ser gananciales, con arreglo al número 3.º del art. 1401, que estamos comentando.

El marido y la mujer conservan su personalidad propia con independencia de la sociedad. Las relaciones entre ésta y aquéllos forman una nueva é importante fuente de bienes gananciales. Del mismo modo que si la sociedad presta á un tercero una cantidad, el crédito es ganancial, si adelanta fondos á cualquiera de los cónyuges, el importe de esos adelantos, cualquiera que sea su causa, es también ganancial. Veremos importantes aplicaciones de este principio al comentar el art. 1404.

Seguros sobre la vida.—La cantidad satisfecha por una compañía aseguradora al fallecimiento del asegurado, ¿debe considerarse ganancial? Este caso ha sido en Francia objeto de discusión bajo el punto de vista de si debe considerarse como un bien mueble. Es claro que muchos de los argumentos allí aducidos en pro ó en contra, carecen en nuestra patria de razón de ser, por ser muy distinto el sistema legal que rije las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

Desde luego, el capital del seguro sustituye á las primas que hay que pagar, y el derecho á aquel se adquiere desde el momento del contrato, pues desde él cabe la facultad de disponer, y si ocurre el fallecimiento puede exigirse el pago. Se trata, pues, de una adquisición á título oneroso hecha durante el matrimonio, aunque el plazo señalado para el cumplimiento de la obligación sea el de la muerte de uno de los cónyuges, hecho que extingue la sociedad. Así considerada la cuestión, puede decirse resuelta en los artículos 1396 y 1401: si las primas se pagan con el capital privativo del marido ó de la mujer, el ca-

pital del seguro le pertenece privativamente; si se paga á costa del caudal común ó no puede justificarse la procedencia del dinero, la adquisición es ganancial.

Usufructo.—Respecto á lo que debe considerarse como frutos en caso de aportarse ó adquirirse un derecho de usufructo, nos referimos al comentario del art. 1403. Aquí sólo nos ocuparemos de un caso dudoso que con el usufructo tiene relación.

Supongamos que uno de los cónyuges aporta al matrimonio una finca en nuda propiedad, y que durante la unión se incorpora á la nuda propiedad el usufructo ó se compra este derecho. En el primer caso, cuando el usufructo se incorpora á la nuda propiedad, naturalmente, por muerte del usufructuario, cumplimiento del plazo ó de la condición, renuncia, etc., no hay cuestión: el usufructo es, desde luego, perteneciente al cónyuge á quien pertenecía la propiedad. Lo mismo ocurre en el caso segundo cuando la compra se realice con dinero del mismo cónyuge nudo propietario.

Pero si la compra se hace á costa del caudal común ó no consta la procedencia del dinero, el derecho de usufructo, ¿será con arreglo á los artículos 1401 y 1407 ganancial, ó se entenderá que se verifica una especie de mejora ó accesión en bienes propios de uno de los cónyuges, y sólo es ganancial el precio ó cantidad que se entregó? La razón de la duda es que el derecho de nuda propiedad comprende virtualmente la facultad de reincorporarse el usufructo cuando este termine por cualquier causa. Pero hay que tener en cuenta que la compra del usufructo no altera en realidad ese principio, porque el usufructo no termina por su enajenación, sino con independencia de este hecho. Cuando termine realmente, se incorporará á la nuda propiedad; entretanto, á la persona del usufructuario sustituye la sociedad de gananciales con cuyo caudal se ha verificado la compra, y el derecho ha de estimarse ganancial, como comprendida la adquisición en el núm. 1.° del art. 1401.

Bienes poseídos proindiviso.—Ninguna duda ofrece el caso de división de una finca poseída por alguno de los cónyuges en

proindivisión con terceras personas ó con el otro causante. A la parte proindivisa sustituye la porción determinada que al cónyuge corresponda en la división.

La duda puede ocurrir en el caso de adquirirse con fondos de la sociedad las participaciones indivisas no pertenecientes al cónyuge. Sin embargo, como se trata de una adquisición hecha á título oneroso durante el matrimonio á costa del caudal común, no vemos otra solución que considerar lo adquirido como ganancial, continuando la proindivisión entre el cónyuge que era propietario y la sociedad. Se exceptúa el caso de verificarse la adquisición en virtud de retracto.

Censos.—El comiso y la redención alteran la situación jurídica de las fincas gravadas con censo. El comiso reincorpora el dominio útil al directo: si éste pertenecía á uno solo de los cónyuges, aquél le pertenecerá también.

La redención exige un desembolso. Hecho por la sociedad, el dominio directo reunido al útil, propiedad de uno de los esposos, ¿será ganancial? El derecho de redimir es privativo del cónyuge á quien pertenece el dominio útil. La sociedad puede comprar el dominio directo y disponer de él y disfrutarlo como ganancial, mas no puede redimir en su propio nombre sino en el del dueño útil. Si la redención se hace á costa del caudal común, será ganancial el dinero entregado; mas el censo se extingue, el dominio directo se incorpora al útil, y sólo al propietario de éste puede pertenecer.

Servidumbre, hipoteca, prenda, anticresis.—Lo expresado con relación al censo, ocurre también en caso de redención de servidumbre ó extinción de hipoteca, prenda ó anticresis, á costa del caudal común. La sociedad adquiere un crédito contra el cónyuge propietario; nada de servidumbre ni de hipoteca, sólo el crédito es ganancial.

C) *Jurisprudencia*.—La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de 1893 declara bienes gananciales:

1.º El total valor de las acciones del Banco de España, adquiridas por mujer casada durante el matrimonio, ya en pago

de dividendos que debían ingresar como frutos en la sociedad conyugal, ya con fondos que á la misma sociedad pertenecían, porque tales adquisiciones no se hicieron en virtud de derecho de retracto, ni por algún otro de los motivos taxativamente señalados en el art. 1396 del Código.

2.° Los sobreprecios ó primas de dichas acciones, y los beneficios por ellas obtenidos, pues no pueden considerarse como incremento ó accesión de antiguas acciones pertenecientes á la mujer.

Es ganancial, segun la Resolución de la Dirección de los Registros de 4 de Mayo de 1901, la hipoteca constituída en garantía de un préstamo hecho por la mujer, pero con dinero de la sociedad.

Siendo un crédito ganancial, los bienes adjudicados en pago del mismo al marido son tambien gananciales, conforme al número 1.° del art. 1401 (Resolución de 16 de Septiembre de 1901).

Es ganancial la finca comprada por la mujer durante el matrimonio sin constar que el dinero fuese procedente de la misma (sentencia de 28 de Enero de 1898), aun cuando el vendedor reciba el precio de manos de la mujer y á presencia del marido (Resolución de 23 de Abril de 1898); y en suma, cuanto no conste aportado al matrimonio, ni adquirido por título lucrativo durante el mismo, ni comprado con fondos pertenecientes á uno solo de los cónyuges. (Sentencia de 27 de Mayo de 1898.)

La misma doctrina se contiene en varias Resoluciones de la Dirección de los Registros, entre ellas las de 30 de Junio de 1888, 8 de Noviembre de 1882 y 25 Enero de 1883.

Segun la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Enero de 1877, la pensión convenida entre una madre y su hija casada autorizada por su marido, en equivalencia de los frutos de la legítima patérna, no puede calificarse de bienes parafernales, sino que merece el concepto de ganancial.

En la de 1.° de Enero de 1876 se declaró que la cantidad entregada á una mujer casada, no en concepto de donación sino

como salario por servicios prestados, debe considerarse bienes gananciales.

Son también gananciales los frutos de los bienes parafernales. (Sentencias de 27 de Enero de 1889 y 8 de Noviembre de 1898.)

En la de 28 de Enero de 1898, ya citada, se sienta además la doctrina siguiente: «Si bien es cierto que hasta la disolución del matrimonio, y previa liquidación de la sociedad legal, no puede saberse ni determinarse si hay ganancias ó pérdidas, tal doctrina, declarada por copiosas resoluciones del Tribunal Supremo, solo tiene eficacia cuando se trate de hacer efectivos los derechos invocados por los partícipes en las ganancias que se supongan realizadas; pero no cuando, constante el matrimonio, surjan controversias sobre la naturaleza de determinados bienes, en cuyo caso hay que atenerse para resolverlas á las reglas que establecen el régimen económico del matrimonio, y definen los bienes comunes y los propios de cada cónyuge.» La misma doctrina se deduce de la sentencia de 31 de Mayo de 1900.

D) *Códigos extranjeros.*—Los códigos de Francia, Italia, Holanda y Alemania, tratan del sistema de gananciales, como uno de los varios que pueden libremente pactar los futuros esposos en sus capitulaciones matrimoniales. En ellos se consideran gananciales los frutos de los bienes, los productos del trabajo, y las adquisiciones á título oneroso por regla general. Francia (art. 1498 en relación con los 1401 y 1402), Italia (1435 y 1436), Holanda (art. 212 al 214), Alemania (art. 1519, 1520 y 1521).

Nuestro art. 1401 concuerda con el 1381 del código de Venezuela, que añade el siguiente párrafo: «Pero en ningun caso podrán ser embargados los frutos de los bienes propios de la mujer, por responsabilidad del marido ó de la comunidad, dejando en descubierto los alimentos de ella y de sus hijos, salvo los casos en que la ley declara tambien responsable á la mujer».

El art. 1916 del código de Uruguay considera gananciales los bienes comprendidos en nuestro art. 1401, y además los ad-

quiridos por hecho fortuito como juego, lotería, apuesta, etc. (los expresados en nuestro art. 1404), y otros.

El código de la República Argentina, art. 1272, estima como gananciales todos los expresados bienes, y además lo gastado en la redención de servidumbres, ó en cualquier otro objeto de que solo uno de los cónyuges obtenga ventajas, y todo lo que durante el matrimonio adquieran uno de ellos ó ambos por cualquier título que no sea herencia, legado ó donación.

Con arreglo al art. 1725 del código de Chile, forman el haber de la sociedad conyugal, los productos del trabajo, los frutos de los bienos, el dinero, las cosas fungibles y especies muebles aportados al matrimonio ó adquiridos durante el mismo, respondiendo la sociedad de su importe, todos los bienes adquiridos por título oneroso durante la unión por cualquiera de los cónyuges, y los bienes raíces estimados que aporta la mujer para que se le restítuya su valor en dinero.

El código de Méjico, art. 2141, además de los tres números comprendidos en el 1401 del nuestro, declara gananciales: «2.° Los bienes que provienen de herencia, legado ó donación, hechos á ambos cónyuges sin designación de partes. 3.° El precio sacado de la masa comun de bienes para adquirir fincas por retroventa ú otro título que nazca de derecho propio de alguno de los cónyuges anterior al matrimonio. 4.° El precio de las refracciones de crédito, y el de cualesquiera mejoras y reparaciones hechas en fincas ó créditos propios de uno solo de los cónyuges. 5.° El exceso ó diferencia de precio dado por uno de los cónyuges en venta ó permuta de bienes propios para adquirir otros en lugar de los vendidos ó permutados.»

Los bienes adquiridos por don de la fortuna son en este código privativos del cónyuge adquirente, equiparándolos á los que provienen de un título lucrativo. (Artículo 2134.)

Concuerda, por último, nuestro art. 1401 con el 1098 del código de Guatemala.

ARTÍCULO 1402

Siempre que pertenezca á uno de los cónyuges una cantidad ó crédito pagaderos en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital del marido ó de la mujer, según á quien pertenezca el crédito.

No tiene este artículo precedentes en nuestras leyes antiguas ni ofrece dificultad alguna su inteligencia y aplicación.

La doctrina no puede ser más sencilla y sólo se consigna en evitación de dudas más ó menos infundadas.

Son gananciales los frutos, rentas ó intereses de los bienes peculiares de cada cónyuge, más no lo son los mismos bienes ó el capital de donde esos frutos se derivan. Un crédito, aunque su importe deba abonarse en plazos anuales, semestrales, trimestrales, etc., y sea el que fuere el número de esos plazos, no es fruto, es capital, y por lo tanto no puede considerarse como ganancial más que en el caso de que el crédito mismo tenga ese caracter. La sociedad de gananciales se aprovechará de los intereses que puedan producir las cantidades abonadas en sus plazos respectivos, más esas cantidades pertenecerán al cónyuge en cuyo favor existiese el crédito.

Las pensiones de censos, la renta vitalicia, etc., nada tienen que ver con este artículo: no constituyen un crédito pagadero en cierto número de años, sino que representan frutos de un capital. Véase el comentario del art. 1403.

El art. 1402 concuerda con el 1385 del código de Venezuela, y 2140 del de Méjico. Los gastos hechos para la cobranza del crédito, serán deducibles, segun estos artículos, del caudal del cónyuge respectivo. En esto hay que atender á la procedencia del dinero con que se abonan tales gastos. Si es con fondos de la sociedad, el anticipo hecho al cónyuge es ganancial; si pagó el cónyuge acreedor, tendrá lo pagado de menos en su haber.

ARTÍCULO 1403

El derecho de usufructo ó de pensión, perteneciente á uno de los cónyuges perpetuamente ó de por vida, formará parte de sus bienes propios; pero los frutos, pensiones é intereses devengados durante el matrimonio, serán gananciales.

Se comprende en esta disposición el usufructo que tienen los cónyuges en los bienes de sus hijos, aunque sean de otro matrimonio.

A) *Precedentes legales.*—Para encontrar precedentes de este artículo hay que acudir al derecho romano. Se citan las leyes 68 y 78, tít. 3.º, libro 23, y la ley 57, tít. 3.º, libro 24 del Digesto, que Goyena califica de casuísticas y sutilísimas.

B) *Comentario*—Dedícase este artículo á determinar lo que en ciertos casos dudosos debe estimarse capital, y lo que debe iconsiderarse fruto ó renta. Al hacer esa determinación aplica deas generales consignadas en otros lugares del Código.

Tanto en el usufructo como en la pensión hay legalmente un derecho superior y distínto á los frutos obtenidos en los bienes usufructuados, y á las cantidades abonadas periódicamente como pensión. El derecho mismo lo considera el Código como capital privativo del cónyuge á quién pertenece; los frutos, rentas ó cantidades dadas por la pensión, como gananciales.

La simple lectura del artículo hace notar enseguida una omisión: sólo se habla de lo que pertenece á uno de los cónyuges perpetuamente ó de por vida, palabras que deben aplicarse á las pensiones, apesar de que parecen referirse también al usufructo, porque cabe hablar de pensiones perpetuas, aunque ninguna lo sea en realidad; pero no se habla jamás de usufructos perpetuos, ni son concebibles en el espíritu de nuestro Código.

I *Usufructo vitalicio.—Pensiones vitalicias ó perpetuas.*—Las rentas ó pensiones merecen al legislador en el art. 336 la consideración de bienes muebles, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble.

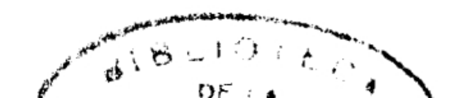
Son frutos civiles, según el art. 355, el importe de las rentas perpetuas, vitalicias ú otras semejantes.

La misma idea domina en el art. 475. Nótese, sin embargo, que aquí se habla de toda renta ó pensión periódica, sin exigir que sea perpetua ó vitalicia.

El usufructo es desde luego un derecho real que puede recaer sobre bienes muebles ó inmuebles.

Apesar de todos los esfuerzos del legislador y de todas las teorías de los autores, es, sin embargo, dificil, lo mismo en el usufructo que en la pensión, separar el derecho mismo de su propio y especial contenido. Salvo en ciertas pensiones, como las de los censos, respecto de las que no hay lugar á duda, y salvo también el caso en que el derecho experimente una transformación ó sustitución, quítese en el usufructo el uso y disfrute de los objetos, y en la pensión el abono periódico de cantidad, sea en frutos ó en metálico, y lo que queda, nada realmente representa, apariencia de algo que en el mismo disfrute va embebido. Por esto no cabe enajenar el derecho con independencia de su propio ejercicio ó contenido, porque no hay aquí una especie de nuda propiedad en la que más tarde ó más temprano haya de refundirse el percibo de los frutos ó el de la pensión. De modo que, en resumen, eso que la ley considera como capital ó derecho propio de uno de los cónyuges, queda convertido en la realidad en una sombra del ejercicio ó disfrute mismo. Muere el cónyuge usufructuario ó pensionista vitalicio y con él se extingue su mal llamado capital. Sobrevive al otro esposo y continúa con lo que se llama percepción de frutos, pero nada más. Capital y frutos, prescindiendo de sutilezas y distinciones oscuras, representan una sola y misma cosa.

Tal es la razón de que se haya discutido y se discuta lo que debe considerarse en esos derechos privativo de un cónyuge, y lo que debe estimarse ganancial, y por eso el código de Venezuela determina en su art. 1387: «El derecho de usufructo ó de pensión forma parte de los bienes propios del cónyuge á quien pertenece; pero las pensiones y frutos correspondientes á los



primeros veinte años del matrimonio corresponden á la sociedad conyugal en los cuatro quintos, y al cónyuge respectivo el quinto restante. De los veinte años en adelante todos los frutos y pensiones pertenecen á la sociedad.» Esta disposición, aunque caprichosa, no debe parecer tan rara como algunos autores suponen. Nuestro Código en su art. 477, acepta algo análogo con relación á las minas.

Prescindiendo de estas consideraciones teóricas, el artículo 1403, conforme con el 355, el 471 y el 475, y con el núm. 3.º del 1401, entiende que, durante el matrimonio, la sociedad de gananciales se subroga en el derecho del cónyuge usufructuario ó pensionista, percibiendo cuantos frutos y rentas corresponderían á ese cónyuge, y volviendo las cosas á su primer estado al terminar la sociedad conyugal, si tal terminación no lleva consigo al mismo tiempo la extinción del usufructo ó la pensión.

Estos derechos representan evidentemente un valor. La cesión de un capital motiva á veces la constitución de una pensión, como la devolución de ese capital puede significar la redención del derecho ó la extinción de la renta. Del mismo modo, no siendo la pensión personalísima, cabe que se venda ó enajene, como puede enajenarse el usufructo.

El marido, por ejemplo, propietario de una renta vitalicia, transmite el derecho á ella por la cantidad de 15.000 pesetas. ¿Estas 15.000 pesetas son gananciales ó pertenecen al marido como capital privativo? Aquí se presenta clara la dificultad, porque si esas 15.000 pesetas son bienes subrogados ó sustituídos al usufructo ó la pensión, declarados por la ley bienes gananciales, el equivalente habría de ser ganancial.

Esta cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia francesa con relación al sistema de comunidad legal allí imperante, y á reclamación de los herederos de la mujer, que era la pensionista. Si bien el derecho á la pensión representa un bien propio, las cantidades abonadas periódicamente deben entrar en la comunidad, lo mismo en aquel derecho que en el nuestro. Ahora bien; según Laurent y la jurisprudencia citada, la con-

versión de la renta en capital no cambia los derechos de los interesados; el capital representa las pensiones á que la comunidad tenía derecho, y habiendo muerto el cónyuge propietario y extinguídose con él la pensión, no sufrió el cónyuye perjuicio alguno, ni por tanto, sus herederos podían exigir indemnización ni recompensa por pérdidas que realmente no llegaron á existir.

Otro caso parecido se registra en la misma jurisprudencia. Los esposos cedieron por 40.500 libras el usufructo de varias tierras propiedad de la mujer; el usufructo se reincorporó á la nuda propiedad durante la existencia de la comunidad. Al llegar la liquidación, la mujer reclamaba una recompensa del precio del usufructo, porque representando un derecho desmembrado de su propiedad, debía considerarse su equivalente como un bien propio. Se decidió que no se le debía recompensa alguna, porque las 40.500 libras representaban los frutos del usufructo á que tenía derecho la comunidad, y porque la recompensa no es más que la reparación de una pérdida ó perjuicio experimentado por uno de los esposos, perjuicio ó pérdida que no existía en el caso resuelto por haber readquirido el usufructo la mujer. La decisión, dice Laurent, se halla fundada tanto en la equidad como en el derecho.

¿Aceptaremos estas conclusiones? Si prescindimos de la equidad en los casos resueltos por la jurisprudencia francesa, ¿qué nos resta? Si por no haber fallecido en el primer caso la mujer pensionista, hubiera debido subsistir la pensión después de extinguida la comunidad, ó por no haberse aún incorporado el usufructo con la nuda propiedad á la disolución del matrimonio, en el caso segundo, hubiera perdido la mujer el disfrute de sus bienes en un período de tiempo más ó menos largo, y faltando ya la base de la equidad, ¿podría decidirse del mismo modo fundándose en el derecho?

Encontramos una confusión lamentable, que no es de extrañar en materia que se basa en un terreno tan inseguro. Si de algo puede servir la sutil distinción entre el derecho mismo de usufructo ó pensión, capital privativo de uno de los cónyuges,

y el conjunto de frutos, utilidades ó pensiones, ganancias de la sociedad, es precisamente para resolver cuestiones como las propuestas, en las que el cónyuge, al ceder ó vender, se desprende de cuanto le pertenece, llámese productos ó capital, utilidades ó derecho que las produce, pensiones y frutos ó usufructo y pensión. O no existe derecho distinto á los frutos mismos, ó el derecho es lo que el cedente ó vendedor transmite, ya que con nada se queda. ¿Por qué lo cedido ó vendido ha de representar ó sustituir á lo que pertenece á la sociedad de gananciales, y no ha de sustituir ó representar al derecho esencial que era privativo del cónyuge?

Para nosotros la cuestión es clara: los frutos son gananciales, el derecho en que se funda su percibo no lo es. ¿Dispone el cónyuge? Dispone de su derecho, y la sociedad al desaparecer el capital pierde sus frutos; pero en la cesión ó venta se adquiere un equivalente en metálico, que á su vez puede producir intereses: la regla continúa la misma; los intereses, como frutos, pertenecen á la sociedad; el precio, como capital subrogado al derecho cedido, pertenece al cónyuge. La sociedad sufre perjuicio, no importa; los principios que regulan la materia son esos y no pueden alterarse. En otras ocasiones ocurrirá á la inversa, un derecho de nuda propiedad se cambiará por metálico ú objetos productivos, la cesión de un capital se convertirá en renta vitalicia ó pensión y la sociedad obtendrá un beneficio, porque suyos son siempre los frutos.

La equidad mucho significa cuando no hay regla de derecho aplicable; habiéndola, no puede alterar la cuestión. Ni cabe suponer que el metálico adquirido en equivalencia sustituye al derecho ó á los frutos, según sea el motivo porque termine la sociedad ó según dure más ó menos el usufructo ó la pensión.

Usufructos legales.—El Código, al establecer la regla general en cuanto al usufructo, se refiere lo mismo al legal que al voluntario. El segundo párrafo del artículo comprende expresamente el usufructo que tienen los cónyuges en los bienes de sus hijos aunque sean de otro matrimonio. Es carga de la sociedad

el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno solo de los cónyuges; nada, pues, más natural que el usufructo de los bienes de esos hijos forme parte á su vez del haber ó activo de la sociedad de gananciales.

Por la misma razón el usufructo del cónyuge viudo que contrae segundas nupcias, está también comprendido en el artículo 1403.

II.—*Pensiones temporales.—Usufructo temporal.*—Lo mismo el usufructo que la pensión pueden ser temporales, constituyéndose sólo por cierto número de años. En estos usufructos y pensiones, ¿qué se entiende por fruto y qué por capital? El art. 1403 no preve este caso, omisión tanto más notable cuanto que el art. 1322 del proyecto de Código de 1851, que sin duda se tuvo á la vista, y del que se ha copiado bastante, decía: «Si el usufructo ó pensión no fuesen perpetuos ó vitalicios, los frutos é intereses, aunque sean devengados durante el matrimonio, son bienes propios del cónyuge usufructuario ó pensionista, con deducción de los gastos suplidos por la sociedad.»

Goyena razonaba el precepto en esta forma: «Si los réditos, legado ó pensión fueron concedidos á la mujer por ciertos y limitados años, ó por los de la vida del donante, ó por los del marido solamente, se considerarán dote, porque acabado el tiempo de la concesión, nada resta á la mujer en propiedad ni usufructo y quedaría indotada.» Si la mujer tiene derecho á gozarlos toda su vida, nada deberá restituir el marido, porque este derecho es la propiedad y lo demás frutos, emolumentos ó comodidad de tal derecho, y aunque muera el marido no queda indotada la mujer ni se empeora su condición.»

El art. 1386 del código de Venezuela habla en general de pensión y usufructo dictando la misma regla siempre. ¿Deberá entenderse así también en nuestro derecho? Nos parece incuestionable. Si se hubiera querido sostener la excepción consignada en el proyecto de 1851, se hubiera copiado; y de tal omisión solo puede deducirse que el legislador no estimó procedente dicha excepción, y que debe regirse el caso por la regla general.

Pero sea el que fuere el motivo, ante el silencio del Código no hay más remedio que admitir una solución. Son frutos civiles las pensiones ó rentas de cualquiera clase, según el artículo 475, y son gananciales los frutos. La misma distinción entre el derecho como capital y las rentas ó pensiones como frutos, cabe en las pensiones perpetuas que en las temporales, y no hay razón para establecer excepción alguna, para la cual, por otra parte, faltaría en absoluto base en nuestro Código. Las razones de Goyena no son convincentes: una pensión temporal puede subsistir también después de disuelto el matrimonio, y en cambio una pensión vitalicia puede extinguirse al disolverse la sociedad; tan respetable es el derecho de la mujer como el de sus herederos; ni todo el mal estriba en que quede la mujer indotada, ni realmente lo queda cuando la pensión temporal subsiste.

C) *Códigos extranjeros.*—Queda expuesta en el comentario la doctrina del art. 1386 del código de Venezuela. El 1387 concuerda con el segundo párrafo del nuestro, pero añade: «En ningun caso podrán ser embargados por responsabilidad del padre ó de la madre frutos de dichos bienes, dejando en descubierto la obligación de alimentos y educación de los hijos á quienes pertenezcan.»

En materia de dote y con relación al usufructo, disponen, lo mismo que nuestro Código, los arts. 1568 del Código francés y 1413 del de Italia.

ARTICULO 1404

Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la sociedad ó por la industria del marido ó de la mujer, son gananciales.

Lo serán también los edificios construídos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge á quien pertenezca.

A) *Precedentes legales.*—Ley 3.ª, tít. 4.º, libro 3.º del Fuero Real: «Quando el marido é la muger ponen viña en tierra que sea de cualquier de ellos, é muriere el uno de ellos, cuya fuere la tierra, tome el terradge, segun ponen otras viñas en aquel lugar; y el vino pártalo con los hijos del muerto, ó con sus herederos si hijos no hubiere: y ésto mesmo sea de otras labores qualequier que se fizieren en el solar del uno dellos».

Ley 9.ª, tít. 4.º, libro 3.º del Fuero Real: «Si el marido ó la muger fazen casa en tierra que sea del marido ó de la muger, é muriere el uno dellos, cuya fuere la rayz, dé la meytad del apreciadura á quien heredare su buena, quanto asmaren que cuesta la fechura, é finque cuya fuere la rayz con las cosas, y si cuya non fuere la rayz muriese ante, otrosi, los que heredaren su buena, den la meytad del apreciadura assi como dicho es. E otrosí, mandamos que ésto mesmo sea de los molinos, é de los fornos».

B) *Comentario.*—Comprende este artículo dos preceptos distintos, uno relativo á expensas útiles en bienes propios de uno de los cónyuges, y otro á edificios en solar privativo de los mismos.

I *Expensas útiles en bienes peculiares de uno de los cónyuges.*—En el comentario del art. 1401, hicimos notar que constituían una fuente importante de bienes gananciales las anticipaciones hechas por la sociedad en favor de cualquiera de los socios. Capital ó industria social que se emplea en interés de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges, no se pierde, se transforma en un crédito también ganancial contra el cónyuge de que se trate. Aplicación de este principio es el párrafo primero del art. 1404, que estamos comentando.

Los bienes privativos de cada cónyuge pueden ser mejorados durante el matrimonio. Estas mejoras, que siempre significan aumento de valor de la cosa, segun las reglas expuestas en el comentario de los arts. 451 al 458, pueden provenir de la voluntad del poseedor, ó de circunstancias extrañas al mismo. En este grupo se incluyen las accesiones naturales, y el aumento

de valor producido por la naturaleza ó el tiempo. En el primero, las llamadas mejoras útiles que aumentan el producto ó causan verdadero provecho ó beneficio, y las de puro lujo ó mero recreo, que son de simple ornato ó comodidad, embellecen la cosa, sin que en su realización influya la necesidad ni el deseo de lucro.

Nada hay que decir de las mejoras *provenientes de la naturaleza ó del tiempo.* Unidas á los bienes, van con ellos aumentando su valor en beneficio del respectivo propietario, y no exigen indemnización, puesto que no han costado desembolso alguno.

Las mejoras *útiles* exigen gastos á los que la ley llama también útiles, ó son producto del trabajo ó de la industria.

¿Emplea la ley en el art. 1404 la palabra expensas útiles en el mismo sentido que el art. 453? Creemos que no: en nuestra opinión tiene aquí esa frase mucho más alcance, es todo gasto que sea útil á cualquiera de los cónyuges en algun sentido, y se deba á la sociedad.

En efecto, no siempre se trata de mejoras útiles ó producidas por gastos útiles. Al lado de ellas distingue la ley en los arts. 453 y 454 las de puro lujo ó mero recreo. Si éstas son debidas al trabajo ó industria de los cónyuges ó á desembolsos hechos por la sociedad, ¿qué regla adoptaremos? El art. 1404, ó no preve este caso, ó considera como expensas útiles, separandose de lo establecido en dichos artículos 453 y 454, cuantas aumentan el valor de la cosa, produciendo más utilidad, ó simplemente mayor adorno, ó comodidad ó belleza, en los bienes particulares de los cónyuges. Optamos por esta última solución. En el espíritu de la ley no cabe que uno de los cónyuges se beneficie á expensas de la sociedad sin que ésta sea debidamente indemnizada, y por lo tanto todo anticipo hecho á costa del caudal comun representa un crédito de naturaleza ganancial, produzca mejora ó consista en reparaciones no ordinarias ú otros beneficios.

Revisados los códigos extranjeros que aceptan el sistema de gananciales, domina la misma idea, y se expresa con una generalidad que, de ordinario, no ocasiona duda.

El *aumento de valor* por mejoras hechas en el patrimonio de uno de los cónyuges, dice el art. 1389 del código de Venezuela, con anticipaciones de la sociedad ó por la industria de cualquiera de los cónyuges, pertenece á la sociedad.

Es ganancial, según el núm.º 4.º del art. 2141 del código de Méjico, el precio de *cualesquiera* mejoras y reparaciones hechas en fincas ó créditos propios de uno de los cónyuges.

Lo es, segun el núm. 6.º del art. 1916 del código de Uruguay, *el aumento de valor* en los bienes propios de cada uno de los cónyuges, por anticipaciones de la sociedad ó por la industria del marido ó de la mujer.

Se debe recompensa á la sociedad, segun el art. 1746 del código de Chile, por las *expensas de toda clase* que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y en cuanto subsistiere este valor á la fecha de la disolución de la sociedad; á menos que este aumento de valor exceda al de las expensas, pues en tal caso se deberá sólo el importe de éstas.

Son bienes gananciales, con arreglo al art. 1272 del código de la República Argentina, las *mejoras* que durante el matrimonio hayan dado más valor á los bienes propios de cada uno de los cónyuges.

El código de Guatemala sólo habla de plantaciones.

Entendemos, por lo tanto, que en el art. 1404 de nuestro Código se comprende todo gasto que produzca utilidad ó aumento de valor á los bienes de los cónyuges, en cualquier concepto que sea, ya constituya verdadera mejora útil ó de mero recreo, ya consista en reparaciones no ordinarias, esto es, reparaciones que no constituyan una carga ú obligación de la sociedad, ó en cualquier otro beneficio no obligatorio.

En el régimen dotal rige el art. 1368; en el de gananciales existe la regla especial del 1404, que entendemos modifica lo establecido en aquél, en interés de la sociedad. Confesamos, sin embargo, que el art. 1404, tal como está redactado, se presta á una interpretación distinta, con arreglo á la cual las mejoras

de puro lujo seguirian las reglas de la posesión de buena fe, separándose así nuestro Código de todos los demás.

El art. 1404 establece una distinción segun la causa de la mejora, beneficio ó aumento de valor de los bienes. Si este aumento proviene del trabajo ó la industria, el gasto que representa es siempre ganancial, ya se deba al esfuerzo de ambos cónyuges ó al de uno sólo, porque los productos de la industria ó del trabajo comun ó individual son siempre gananciales. Si el aumento proviene de anticipos de capital, sólo es ganancial el gasto cuando se hace por la sociedad, no cuando se debe al mismo cónyuge propietario.

Con arreglo al art. 1407, los gastos que ocasionan mejoras son tambien gananciales, cuando no se pruebe que fueron hechos con fondos privativos de alguno de los cónyuges.

Tenemos, pues, que las mejoras pertenecen siempre á los bienes mejorados, son privativas del cónyuge propietario; pero es ganancial el gasto, el anticipo hecho para producir ese efecto á costa de la sociedad, ó sea del capital ó trabajo á ella perteneciente.

La aplicación de este principio origina alguna dificultad. Se declaran gananciales los gastos ó expensas hechos por la sociedad en la mejora de los bienes de alguno de los cónyuges. Cuando en efecto haya habido gasto, por desembolsar la sociedad el dinero necesario para las mejoras, la cuestión es sencilla: ese desembolso fija la indemnización debida á la sociedad, esté ó no en relación con el aumento de valor dado á los bienes: se le debe la cantidad que anticipó. Pero si la mejora es debida al trabajo ó industria de los cónyuges, ó en parte á ese trabajo, y en parte al caudal de la sociedad, ó no consta la cantidad invertida ó desembolsada, ¿cómo se fija el importe de las expensas útiles? ¿cómo se reintegra á la sociedad?

En todos estos casos habrá de atenderse al aumento de valor producido en los bienes por efecto de las mejoras, cuyo aumento de valor estará representado por la diferencia entre el que tenía el objeto al tiempo de su aportación ó adquisición, y el que tiene

al terminar ó extinguirse la sociedad, separando ó deduciendo en su caso la parte que provenga de mejoras dependientes de la naturaleza ó del tiempo.

En suma, lo que la ley quiere es que el valor de la utilidad resultante á los bienes por los esfuerzos de la sociedad, le sea á ésta recompensado ó indemnizado, fijándose el importe de la indemnización, cuando sea posible, en la cantidad adelantada ó invertida, que es el verdadero perjuicio ó pérdida que ha experimentado la sociedad, y si tampoco fuese esto posible, habrá de sujetarse á tasación pericial.

II *Edificio construído en solar propio de uno de los cónyuges.*— El segundo párrafo del art. 1404 es una excepción del primero, y de los principios generales relativos á la accesión, modificando también nuestro antiguo derecho.

Los edificios se consideran un accesorio del suelo, y construidos á expensas de la sociedad de gananciales, cederían, con arreglo al párrafo primero del artículo que nos ocupa, en favor del cónyuge propietario del solar, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.

El artículo cambia la doctrina; los edificios construídos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges son gananciales, abonándose el valor del suelo al cónyuge á quien pertenezca. Es claro que se trata de edificios ó construcciones hechos á costa del caudal común, como es lógico y se deduce de la relación entre los dos párrafos del artículo.

Si el edificio se construye por el dueño del solar con dinero privativo suyo, desde luego pertenece al mismo dueño del suelo. Si el marido construye á su costa en solar propio de la mujer, el edificio pertenece á ésta, siguiendo las reglas generales de la accesión y la doctrina del art. 1368. La excepción del art. 1404 no puede extenderse á más caso que el taxativamente marcado en su texto: construcción á expensas de la sociedad de gananciales en terreno propio de uno de los esposos.

«Fúndase la excepción, dice Goyena, en consideraciones de interés público para promover la edificación, sobre todo en las

capitales y grandes poblaciones. Un marido, por ejemplo, se abstendría de edificar con dinero propio ó común en un solar dotal (sito tal vez en uno de los mejores parajes públicos), por saber que el edificio irá á poder de su mujer ó de herederos extraños, y que no se reputará mejora sino lo rigorosamente gastado en edificar. El artículo le presenta un cebo ó estímulo para que edifique, pues tiene los mismos derechos y esperanzas que la mujer para ser propietario del edificio, y la seguridad de que, en el caso contrario, se reputará ganancia todo lo que más valga el edificio por cualquier género de gastos, aunque sean voluntarios, ó de puro placer y ornato.»

Añadamos una consideración: aunque el edificio no pueda subsistir sin el suelo, tiene siempre mucho más valor é importancia que éste, por lo que, si la doctrina no se conforma con los principios, satisface más á la razón. Si el solar vale 5 y el edificio 500, y éstos 500 pertenecen á la sociedad de gananciales, más racional es que el edificio con el suelo se adjudique á la misma sociedad abonando 5 al propietario, que no que se adjudique al propietario abonando 500 á la sociedad.

La palabra edificio es nombre genérico de toda obra arquitectónica con techo, construída para servir de morada al hombre ó para oficinas, casinos, teatros, etc. Cuando la construcción hecha no merece el concepto de edificio, debe seguirse la regla general. La interpretación del artículo no puede menos de ser restrictiva. Un corral de ganado ó tinada, un hórreo de piedra, etc., siguen al suelo como accesorios del mismo.

La simple reparación extraordinaria en edificios ya existentes, aumento de pisos ó de elevación, construcción de azoteas, miradores, etc., tampoco están comprendidos en la excepción.

En cambio, aunque lo edificado sea una casa de campo ó de labor en heredad de uno de los cónyuges, ó nuevos cuerpos ó dependencias construídos de nueva planta al lado de edificios ya existentes ó contiguos á ellos, es aplicable el párrafo 2.º del art. 1404; lo nuevamente edificado es ganancial.

III.—*Bienes gananciales derivados del principio en que se funda*

la regla del art. 1404.—El principio en que se funda la regla del art. 1404, es que á la sociedad de gananciales se debe indemnización por cuantas pérdidas experimente en interés de uno ú otro de los asociados, que siendo ganancial lo empleado en beneficio de alguno de los cónyuges, queda subrogado ó convertido en un crédito contra ellos de la misma naturaleza.

Merecen, pues, con arreglo á este principio, el concepto de gananciales y debe deducirse del haber del cónyuge respectivo:

a) El importe de las cargas impuestas en las donaciones onerosas hechas á alguno de los cónyuges, ó que afectan á una herencia ó legado á favor de los mismos, cuando hayan sido soportadas por la sociedad. Véase el comentario del art. 1399.

b) El exceso de valor en bienes adquiridos por permuta con otros de uno solo de los cónyuges, cuando haya sido facilitado por la misma sociedad.

c) Las cantidades satisfechas por la misma para ejercitar el retracto voluntario ó legal, cuando estos derechos son privativos de alguno de los esposos.

d) Lo suplido á los cónyuges por la sociedad para redimir censos ó servidumbres, ó extinguir hipotecas ú otros derechos reales.

e) La dote entregada á las hijas del caudal común, cuando deba ser á cargo de uno solo de los cónyuges.

f) Lo entregado en pago de deudas peculiares de alguno de los esposos, ó de multas ó condenas pecuniarias que se les hubiesen impuesto.

g) Los gastos hechos para el cobro de cantidades del capital privativo de cada cónyuge para formalizar contratos de su exclusivo interés, contribuciones que afecten al capital, lo suplido en el laboreo de minas, costas de pleitos, etc., cuando se han soportado por la sociedad de gananciales.

h) El importe de los perjuicios causados á la sociedad por dolo ó culpa de alguno de los cónyuges.

En todo caso, como veremos al tratar de la liquidación, al cónyuge deudor se le descuenta el importe total de su deuda al

hacerle pago de su mitad de gananciales, adjudicándole ese importe en vacío. Sin embargo, si á pesar de incluirse en el fondo común todos esos desembolsos sufridos por la sociedad, no existen gananciales partibles, ó no alcanzan á cubrir en la parte necesaria el importe de lo deducible, cuanto falte se imputará al cónyuge deudor en su capital propio, tomándolo así siempre de menos en su haber.

C) *Jurisprudencia.*—Aplican el art. 1404 en la parte relativa á considerarse gananciales los edificios construídos en solar propio de uno de los cónyuges, las Resoluciones de la Dirección de los Registros de 19 de Octubre de 1900 y 30 de Marzo de 1901.

D) *Códigos extranjeros.*—Además de lo expuesto en el comentario, y por lo que hace relación á los edificios, concuerdan con nuestro art. 1404, el 2143 del código de Méjico y penúltimo párrafo del 1916 del de Uruguay. Los demás códigos que omiten este principio, aceptan la regla general.

Como desarrollo del principio en que se funda el primer párrafo de nuestro art. 1404, pueden consultarse los artículos 1744, 1745, 1747 y 1748 del código de Chile y 1930 del código de Uruguay.

ARTÍCULO 1405

Siempre que la dote ó el capital de la propiedad del marido estén constituídos, en todo ó en parte, por ganados que existan al disolverse la sociedad, se reputarán gananciales las cabezas de ganado que excedan de las que fueron aportadas al matrimonio.

Este artículo, dictado para un caso especialísimo, no ofrece dificultad de interpretación ni aplicación.

Sólo creemos deber hacer dos aclaraciones:

Es una de ellas que al hablar el artículo de la *dote*, se refiere al capital privativo de la mujer, sean los bienes dotales ó parafernales, debiéndose aplicar, por tanto, el precepto aunque

no exista dote, siempre que en el capital del marido ó en el de la mujer existan ganados. Sin duda se copió del proyecto de Código de 1851, que, como es sabido, no reconocía la existencia de bienes parafernales.

Es la otra aclaración que, aunque el artículo se refiere á cabezas de ganado *aportadas* al matrimonio, la regla es la misma cuando, aunque no se aportasen, se adquirieran por alguno de los esposos durante la unión.

La generalidad del artículo comprende el ganado de toda clase: lanar, cabrío, mular, vacuno ó de cerda, en cuanto formen una reunión ó conjunto de cabezas, y con relación siempre á lo aportado ó adquirido privativamente.

El capital privativo de cada cónyuge queda fijado en el número de cabezas de ganado que aportó ó adquirió. Cuanto exceda de ese número al disolverse la sociedad, es una ganancia, y lógico es considerarlo como ganancial. O será aumento del mismo ganado ó habrá sido adquirido por la sociedad.

Nótese, sin embargo, que tratándose de una finca ó un objeto cualquiera, puede, en cualquier tiempo, durante el matrimonio, determinarse si merece ó no el concepto de ganancial, mientras que tratándose de ganados, parece que ha de esperarse á que se disuelva la sociedad. La ley se refiere al momento de la liquidación, pero en cualquier tiempo, el exceso de lo aportado ó adquirido privativamente por uno de los cónyuges, debe considerarse como una ganancia, aunque después se pierda ó desaparezca.

Concuerda el art. 1405 con los 1924 del código de Uruguay y 2144 del de Méjico. Nada expresan sobre el particular los de Chile, Venezuela y República Argentina. Difiere el art. 1104 del código de Guatemala que equipara las crías de los animales á todos los demás frutos, ordenando su reparto proporcional á la terminación de la sociedad de gananciales.

ARTÍCULO 1406

Las ganancias obtenidas por el marido ó la mujer en el juego, ó las procedentes de otras causas que eximan de la restitución, pertenecerán á la sociedad de gananciales, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el Código penal.

A) *Precedentes legales*—No existe precedente concreto de este artículo en nuestro antiguo derecho.

B) *Comentario.*—El art. 1327 del proyecto de Código de 1851, estaba redactado del modo siguiente: «Las ganancias hechas al juego por el marido ó la mujer, ó provenientes de causa torpe que no sean restituíbles, pertenecen á la sociedad, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código penal.»

El nuestro, como se ve, tiene más alcance, y aun pudiera haberse redactado con más generalidad, con lo que el precepto hubiera resultado más claro.

El artícnlo habla de ganancias, señalando dos fuentes de ellas: 1.ª El juego. 2.ª Cualquiera otra causa que exima de restitución.

I.—*Ganancias obtenidas en el juego.*—El Código no distingue entre juegos lícitos ó ilícitos. Ya gane el marido, ya gane la mujer, lo que es ganancia es ganancial ó pertenece á la sociedad.

Las ganancias procedentes de un premio de la lotería, son, pues, evidentemente gananciales, como lo son las obtenidas en cualquier otro juego, aunque sea prohibido.

«Cierto, dice Goyena, que no puede haber sociedad sobre cosa torpe, pero la sociedad puede ser honesta en su fondo, como lo es la de que aquí se trata, y sin embargo, hacerse incidentalmente con ocasión de ella alguna ganancia torpe. En nuestro artículo se establece la comunión absoluta de estas ganancias, hayan sido ó no colacionadas al fondo social por el que las hizo. ¿Habría justicia ni decoro en oir á uno de los cónyuges, que para excluir de la participación de estas ganancias al otro ó á

sus herederos, alegara su propia torpeza, que por lo comun reflejaría sobre el inocente?»

Respecto á las ganancias en juegos permitidos, suponía Goyena, que no podia caber duda. Lo cierto es que nada se declaraba en cuanto á ellas.

La aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el Código penal, es desde luego independiente, y no obsta á la declaración principal del artículo.

II *Ganancias procedentes de otras causas que eximan de restitución.*—Están evidentemente comprendidas en este grupo las cantidades procedentes de apuestas, ó los objetos obtenidos en rifas, y en suma cuanto represente una ganancia, un lucro conseguido sin esfuerzo alguno, por don de la fortuna, casualidad, suerte ó hecho fortuito. Al menos así lo entendemos nosotros, dándose de este modo ó en estos términos solución á muchos casos dudosos.

En este caso se encuentra la parte del tesoro descubierto por casualidad, perteneciente al inventor, las piedras preciosas encontradas en las playas, el hallazgo de dinero ú objetos cuyo dueño no parece, etc.

Véase en el comentario del art. 1401 lo expuesto con relación á estas adquisiciones ó ganancias, y su diferencia con lo obtenido en virtud de un título lucrativo.

C) *Códigos extranjeros.*—Concuerda en su esencia el art. 1406, con el núm. 3.º del art. 1916 del código de Uruguay, y párrafo tercero del 1272 del de la República Argentina, aunque éstos son más breves, más claros y más generales.

El art. 1434 del código de Méjico equipara las ganancias por don de la fortuna con las adquisiciones á título lucrativo, haciéndolas propiedad del cónyuge que las obtiene.

ARTÍCULO 1407

Se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido ó á la mujer.

A) *Precedentes legales.*—La necesidad de dictar una regla para el caso de no constar claramente si un bien determinado debía ó no considerarse ganancial, fué sentida ya en el derecho antiguo, y de aquí el precepto de la ley 203 de las del Estilo, que pasó á la Novísima Recopilación (ley 4.ª, tít. 4.º, libro 10). «Como quier quel derecho diga, que todas las cosas que han marido et mujer, que todas presume el derecho que son del marido, fasta que la muger muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es en contrario: que los bienes que han el marido et la muger son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno dellos que son suyos apartadamente».

B) *Comentario.*—Importantísima es la declaración del artículo 1407. El caso que preve es, en territorios regidos por el derecho común, más frecuente de lo que parece. Hay en la sociedad de gananciales muchos bienes y derechos, y se hacen multitud de gastos, sin que conste la procedencia del dinero invertido. Había que decidirse por dar entero crédito á las manifestaciones de los mismos interesados, quizás de uno sólo de ellos en muchas ocasiones, ó presumir el caracter de gananciales en cuanto no pudiera probarse que pertenecía privativamente á alguno de los cónyuges. Esta regla pareció la más justa desde los tiempos más antiguos, y así debe ser cuando no sólo no se ha alterado nuestro derecho, á pesar de los siglos transcurridos, sino que los Códigos de todas las naciones que aceptan el sistema de gananciales ó se ocupan de él, repiten el mismo principio.

Aparte de que la presunción de la ley es sin duda la más racional, la admisión de un criterio distinto favorable á las simples manifestaciones de los interesados, hubiera servido como base ó pretexto para encubrir verdaderas donaciones entre cónyuges, dando á éstos un medio sencillo de burlar los intereses de legítimos acreedores de ellos mismos ó de la sociedad.

Ya en los arts. 1396 y 1401 hemos visto que para la ley resulta indiferente que las adquisiciones á título oneroso se verifiquen á nombre del marido ó de la mujer, pues sólo se atiende

á la procedencia del dinero ó equivalente, y así, las adquisiciones á costa del caudal de uno solo de los cónyuges, son privativas de él, y las hechas á costa del caudal comun son gananciales. Si no consta de dónde se ha tomado ese equivalente, el artículo 1407 presume que procede del caudal común y declara ganancial la adquisición.

Lo mismo ocurre, en general, ó sea respecto á toda clase de bienes que se encuentren en la sociedad conyugal, y á toda clase de gastos hechos durante la misma, que no constituyan carga ú obligación de dicha sociedad.

Si pues la mujer compra á su nombre durante el matrimonio una finca, si los bienes del marido han sido mejorados con una plantación de viña, si se ha redimido un censo perteneciente á uno de los cónyuges, ó se ha devuelto el precio de un inmueble vendido á retro, ó se adquirió por permuta una finca de más valor que el entregado, ó se pagaron deudas de una herencia dejada á la mujer, ó cargas de un legado ó donación hecho al marido, ó constan hechas reparaciones extraordinarias en bienes propios de uno de los esposos, y en ninguno de estos casos consta la procedencia del dinero empleado, la ley presume que la compra, ó la plantación son gananciales, y gananciales son las cantidadas dadas para redimir el censo, entregar la diferencia de valor en la permuta, ejercitar el retracto, pagar las deudas de la herencia ó las cargas de la donación, ó hacer esas extraordinarias reparaciones.

Nada importa que la mujer al comprar, ó el marido al hacer la plantación, expresen que lo hacen con dinero propio, y que igual afirmación, corroborada por la manifestación del otro cónyuge, se contenga en la escritura de permuta ó en la de retro, ó al pagar las deudas hereditarias ó las cargas. Esas afirmaciones, manifestaciones ó confesiones, más ó menos interesadas, tienen algún valor, más en definitiva solo prueban que existe la confesión, manifestación ó afirmación, no que sea una verdad lo que se afirma. La presunción de la ley sólo puede desvanecerse mediante la prueba en contrario.

Como la presunción está establecida en favor de la comunidad, la prueba incumbe al cónyuge que afirma pertenecerle los bienes ó derechos, negando al afirmar esto la verdad de la presunción.

La prueba en las adquisiciones directas de bienes, como aportados al matrimonio, ó adquiridos durante él por herencia, legado ó donación, es relativamente sencilla, y aun más tratándose de fincas ú objetos de valor, pues podrá justificarse fácilmente, aun con testigos, la posesión anterior al matrimonio, ó la pertenencia anterior por el testador ó donante, y el hecho de su transmisión al cónyuge heredero, legatario ó donatario.

Cuando se trata de adquisiciones á título oneroso durante el matrimonio en virtud de subrogación, la prueba puede ser difícil, sobre todo en caso de compra. Muchas veces, las aportaciones en métalico y bienes fungibles, y aun en fincas de la mujer, constan en simples documentos privados, firmados por el marido, ó por dos testigos en su nombre, sin garantía alguna de autenticidad ni aun en cuanto á su fecha. Las donaciones de cantidad suelen hacerse sin más formalidad que la entrega y recibo del dinero. Aun en las particiones de herencia, el deseo de librarse de ciertos gastos, sobre todo del pago del impuesto de derechos reales, hace que no se incluyan en documento formal más que lcs bienes inmuebles, títulos de la Deuda, ú objetos que por su naturaleza no pueden excluirse sin grave riesgo. La simple enunciación de estos hechos, demuestra cuan difícil es justificar cuando llega la necesidad de hacerlo, que el dinero empleado en la adquisición de ciertos bienes procede de tal cantidad aportada, ó tal suma comprendida en determinada herencia, legado ó donación, cuando aun la verdad de que haya existido ese dinero, ó resulta de documentos sin fuerza ni valor, ó no consta en modo alguno, ó está contradicha por documentos solemnes en que no fué comprendido, debiendo lógica y racionalmente comprenderse.

Esto prueba la posibilidad en muchos casos de que, en virtud de la presunción legal, pasen por gananciales bienes que

en realidad no lo son, sin que por ello pueda culparse á la ley, sino á los mismos interesados. Mas como marido y mujer suelen hallarse en igualdad de condiciones, y es lo más natural que queden hijos y no sobrevenga conflicto alguno, todo se resuelve en bastantes casos, en declararse gananciales cuantos bienes existen á la disolución del matrimonio, por ser próximamente iguales las aportaciones de cada cónyuge, ó en considerar desde luego ganancial todo aquello cuya procedencia es dudosa, ó difícil de justificar.

El conflicto llega, sin embargo, cuando hay terceros interesados, acreedores por ejemplo, de la sociedad conyugal, que pretenden que determinados bienes inscritos como propios de la mujer, ó reconocidos como de su pertenencia, no lo son en realidad, y deben ser, con arreglo al art. 1407, considerados como gananciales.

En este caso, la prueba debe ser completa y suficiente para desvanecer la presunción. Si queda en el ánimo alguna duda, los bienes deben estimarse gananciales. ¿Qué puede significar ante los intereses de un tercero que la mujer y el marido, al comprar, por ejemplo, hayan manifestado que el dinero procedía exclusivamente de la dote ó bienes parafernales de la mujer? Aun suponiendo que esa afirmación encuentre algun fundamento en el hecho de haber heredado metálico la mujer, ó haberse vendido otros bienes de su pertenencia, todo ello constituirán presunciones de verdad, no una prueba evidente de haberse realizado la compra con dinero suyo. Cuestión al fin de hecho, los tribunales resolverán en cada caso lo que estimen procedente, segun la apreciación que hagan de la prueba que se practique. En todo caso la mujer no puede perder el derecho al reintegro del capital que aportó.

La cuestión puede también presentarse entre el marido y la mujer en caso de separación de bienes durante el matrimonio, ó entre un cónyuge y los herederos del otro. En este caso, varían algo las circunstancias. Por una parte, los herederos no son terceros, sino que deben respetar los actos y las obligaciones de su

causante, continuando su personalidad jurídica. Por otra, cada cónyuge tiene siempre derecho á cuanto conste haber aportado ó adquirido privativamente durante la unión. Cabe, pues, que la confesión del marido, de ser el dinero que sirvió de precio á la compra de ciertas fincas procedente de su mujer, constituya prueba contra él ó sus herederos, y cabe que, aun en caso de duda, se adjudiquen las fincas á la mujer ó á sus causahabientes, en sustitución de otro tanto valor en metálico ó bienes fungibles que conste claramente haber sido aportado ó adquirido durante la unión.

La jurisprudencia francesa ha resuelto en este sentido la cuestión, declarando que la confesión del marido obliga á sus herederos ó constituye prueba contra ellos, y creemos admisible esta conclusión, con arreglo á los principios que regulan la materia de sucesiones. Aun los herederos forzosos han de quedar obligados, á menos de aceptar la herencia á beneficio de inventario, y conservar los derechos que les corresponden contra el causante por razón de su legítima, caso de que la confesión les cause en ella lesión ó perjuicio.

La oposición del marido ó la mujer ó sus herederos, cabe, sin embargo, cuando no haya existido esa aquiescencia ó confesión ó cuando pueda probarse que existió algún vicio en el consentimiento.

¿Qué diremos en el caso de que, á pesar de la confesión del marido, probasen sus herederos que la mujer nada absolutamente aportó al matrimonio, ni nada adquirió durante el mismo por título lucrativo, siendo, por lo tanto imposible que de ella procediese el dinero de la compra? Resultaría justificado que contra la prohibición legal se había realizado ó había pretendido realizarse durante el matrimonio una donación entre cónyuges, acto nulo *ipso facto* ó inexistente. Véase el comentario del art. 1334 donde se expresan con claridad las consecuencias de esta declaración.

C) *Jurisprudencia.*—La Dirección general de los Registros ha tenido que aplicar la doctrina del art. 1407, y antes la de la

ley 4.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, en multitud de resoluciones, ya para afirmar el derecho del marido á disponer de fincas compradas por la mujer durante el matrimonio é inscritas á su nombre, ya para negar al mismo ó á la esposa la facultad de enajenar, después de la disolución de la sociedad.

Pueden citarse, entre otras, las resoluciones de 8 de Noviembre de 1882, 25 de Enero de 1883, 30 de Junio de 1898, 6 de Marzo de 1897, 30 de Marzo y 23 de Abril de 1898, 16 de Septiembre de 1901 y 30 de Noviembre de 1902.

Igual doctrina contienen las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 1868, 8 de Octubre de 1869, 28 de Enero y 27 de Mayo de 1898.

Otra cuestión resuelven la sentencia de 28 de Enero de 1898, y la resolución de 31 de Marzo de 1900. De la primera nos ocupamos en el lugar correspondiente del art. 1401. A su vez, el tercer considerando de la citada resolución afirma en estos términos la misma doctrina: «No es cierto que la disposición general consignada en el art. 1407 deba tener aplicación solamente al tiempo de la disolución del matrimonio, porque ni en ella se establece distinción alguna entre los bienes que existen, constante la sociedad conyugal y los que resulten al disolverse ésta, ni por el lugar que ocupa en el correspondiente capítulo del Código puede inferirse lógicamente que el legislador quiso referirse ó reservar su aplicación al caso de disolverse dicha sociedad y proceder á la liquidación de los bienes de la misma.»

D) *Códigos extranjeros.*—Concuerda el art. 1407 de nuestro Código con los 1925 del código de Uruguay, 2152 del de Méjico, 1271 del de la República Argentina, 1390 del de Venezuela y 1739 del de Chile.

En este último se añade, conformándose en su esencia con lo también dispuesto en los arts. 2153 y 2154 del código de Méjico, dando aún más fuerza á su declaración: «Ni la confesión de uno de los cónyuges que afirme ser suya, ó debérsele una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán su-

ficiente prueba aunque se hagan bajo juramento. La confesión, no obstante, se mirará como una donación revocable, que, confirmada por la muerte del donante, se ejecutará en su parte de gananciales ó en sus bienes propios, en lo que hubiese lugar. Sin embargo, se mirarán como pertenecientes á la mujer sus vestidos y todos los muebles de su uso personal necesario.»

Esta última declaración se contiene también en el art. 1156 del código de Guatemala. El art. 1155 es más terminante que todos los demás. Cuantos bienes existan al terminar la sociedad son gananciales, mientras por escritura pública ó sentencia judicial no prueben los cónyuges su aportación ó adquisición privativa.

Abundan en la misma doctrina que nuestro artículo, los 1437 del código de Italia y 1402 del francés.

SECCIÓN CUARTA

DE LAS CARGAS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Se comprende en la sección que vamos á examinar lo que en otros códigos se llama el *pasivo* de la comunidad, así como la sección anterior está destinada á la determinación de lo que constituye el *activo*. Sólo puede considerarse como ganancia verdadera, partible entre los cónyuges á la disolución del matrimonio, la diferencia entre el activo y el pasivo: si no hay sobrante, no hay ganancias.

El art. 1408 equivale á los 1396 y 1401 en sus respectivas secciones. Enumera las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, como los otros enumeran los bienes que deben considerarse privativos de cada cónyuge y los que tienen la consideración de comunes ó gananciales. Pero así como los 1396 y 1401, aunque fundamentales en su respectiva materia, necesitan ser completados por otros, del mismo modo el 1408 es el más importante de su sección, pero no comprende todo cuanto

la ley considera cargas de la sociedad, completándose con las prescripciones de los artículos 1409, 1410 y 1411.

En el pasivo de la comunidad ó en las obligaciones que la afectan, el código francés establece una distinción. Hay unas obligaciones que son á cargo de la sociedad y deben ser por ella soportadas. Hay otras que son de su cargo, pero motivan una recompensa por parte del cónyuge á quien benefician, pues deben ser en definitiva soportadas por ese cónyuge.

En nuestro Código no existe tal distinción. Todas las cargas ú obligaciones impuestas á la sociedad, deben ser soportadas por ella, la afectan de un modo directo. La sociedad, sólo en caso excepcionalísimo y justificado, responde de obligaciones peculiares ó privativas de los cónyuges; si las paga ó cumple voluntariamente, se le deberá indemnización ó recompensa; si no quiere cumplirlas ó pagarlas, la ley no le impone, por regla general, esa obligación.

Así como existe un capital privativo de cada cónyuge y otro capital perteneciente á la sociedad de gananciales, existen también tres pasivos distintos: el del marido, el de la mujer y el de la sociedad expresada. Márcase con claridad esta distinción en el art. 1410.

ARTÍCULO 1408

Serán de cargo de la sociedad de gananciales:

1.º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contrajere la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar á la sociedad.

2.º Los atrasos ó réditos devengados, durante el matrimonio, de las obligaciones á que estuviesen afectos así los bienes propios de los cónyuges como los gananciales.

3.º Las reparaciones menores ó de mera conservación hechas durante el matrimonio en los bienes peculiares del marido ó de la mujer. Las reparaciones mayores no serán de cargo de la sociedad.

4.º Las reparaciones mayores ó menores de los bienes gananciales.

5.º El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno solo de los cónyuges.

A) *Precedentes legales.*—Con relación al núm. 1.º, véanse en el art. 1394 la ley 207 de las del Estilo, y la 60 de Toro (9.ª, título 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación).

La doctrina contenida en los demás números se aplicaba como natural en el derecho antiguo, en virtud del principio de que el que obtiene los beneficios debe sufrir las cargas inherentes á ellos; disfrutando la sociedad los bienes de los asociados, el sostenimiento de éstos y las cargas propias de ese disfrute, lógicamente eran soportadas y debían soportarse por la misma sociedad.

B) *Comentario.*—Todas las cargas enumeradas en el artículo 1408 incumben á la sociedad de un modo directo y exclusivo, sin que pueda pretenderse indemnización ó recompensa alguna por parte del marido ó de la mujer.

Las cargas ú obligaciones comprendidas en dicho art. 1408, pueden clasificarse en tres grupos.

La sociedad de gananciales tiene, como sabemos, ó puede tener un caudal propio, formado por las adquisiciones á título oneroso durante el matrimonio, realizadas con el ahorro ó las economías resultantes de los productos de la industria ó trabajo de los socios, ó de las rentas, frutos ó intereses del capital. Todos los gastos que ocasione la adquisición, producción, conservación y mejora de ese caudal ó capital propio, forma la primera fuente de las cargas ú obligaciones de la sociedad. De este grupo han de formar parte las deudas contraídas por el representante legítimo de esa sociedad para atender al indicado fin de adquirir, hacer producir, conservar, defender y mejorar los bienes comunes.

Además, la sociedad de gananciales es realmente la usufruc-

tuaria de los bienes privativos de cada cónyuge, y así como tiene todos los derechos inherentes al usufructo, ha de tener forzosamente todas las cargas del mismo. De aquí una segunda fuente de obligaciones de la sociedad, de la que pueden considerarse como accesorias las deudas contraídas por el marido ó representante para atender debidamente al cumplimiento de dichas cargas.

Por último, los cónyuges, al contraer matrimonio, quedan privados del disfrute particular ó privativo de sus bienes, disfrute que se hace común, y tienen que subvenir á sus propias necesidades. A su vez, la formación de la nueva sociedad trae consigo necesidades nuevas, nacidas de nuevos seres que en ella viven, y á los que es preciso alimentar y educar y colocar. De aquí la tercera y última fuente de las cargas ú obligaciones de la sociedad, de la que brota el deber del sostenimiento de la familia, la educación de los hijos y el pago de las deudas contraídas para el cumplimiento de esos sagrados fines.

Como se ve, del primer grupo es sólo una muestra el número 4.º del art. 1408; al segundo corresponden los números 2.º y 3.º, y al tercero, el núm. 5.º El núm. 1.º se refiere á todos, pues las deudas contraídas por el representante legal de la sociedad pueden hacer relación á los tres grupos expresados. No hay inconveniente en formar un cuarto grupo con el contenido en dicho número, con lo que se conseguirá su mejor estudio.

I *Cargas ú obligaciones inherentes al capital comun.*—El artículo 1408 sólo se refiere á las reparaciones mayores ó menores de los bienes gananciales, y á los atrasos ó réditos procedentes de obligaciones de dichos bienes; pero es evidente que ésto no es más que una muestra de las cargas ú obligaciones comprendidas en este grupo, obligaciones, por otra parte, tan naturales, que habrían de sobreentenderse, aunque nada se expresara en cuanto á ellas.

La sociedad adquiere un inmueble, por ejemplo: los gastos de escritura, impuesto de derechos reales é inscripción corren á

su cargo. A ella incumben los gastos de cultivo y recolección, reparaciones ordinarias ó extraordinarias que exijan, el pago de las contribuciones ó de las cargas que la afecten, las costas ó desembolsos que pueda originar su defensa judicial ó extrajudicial, etc. Lo que se dice de un inmueble se aplica igualmente á un crédito, á un ganado, á una empresa mercantil ó industrial, etc. La sociedad es propietaria, y como tal, así como goza de todos los derechos de un propietario, sufre todas las obligaciones que incumben al mismo.

Si la sociedad es deudora, debe el capital y debe sus intereses corrientes ó atrasados; esto es lógico y natural.

La materia no ofrece dificultad alguna.

II *Cargas ú obligaciones inherentes al usufructo de los bienes privativos de cada cónyuge.*—El art. 1408 habla determinadamente:

a) De las reparaciones menores ó de mera conservación hechas en los bienes expresados.

b) De los atrasos ó réditos devengados durante el matrimonio, de las obligaciones á que dichos bienes estuvieren afectos.

En los arts. 500 al 502 quedó expuesto lo que debe entenderse por reparaciones menores ú ordinarias, y extraordinarias ó mayores. Aquéllas son desde luego cargas del usufructo, éstas son cargas del propietario respectivo: si las paga la sociedad, se le debe indemnización. El gasto hecho en estas condiciones no es carga, es un crédito que ha de figurar no en el pasivo, sino en el activo de la sociedad.

En las palabras atrasos ó réditos por obligaciones á que estuviesen afectos los bienes de los cónyuges, pueden comprenderse en realidad muchos conceptos distintos. No alude desde luego la ley á una afección real sobre bienes determinados, y bien lo indica la palabra obligación que se emplea.

En realidad, la fortuna verdadera de cada uno de los esposos es su capital líquido, el exceso del valor de sus bienes sobre el importe de las deudas, y cargas de cualquier clase que tienen obligación de cumplir. Estas deudas y cargas privativas de uno y

otro de los esposos no corren á cargo de la sociedad de ganancia, siguen afectando á los bienes ó á la persona del respectivo propietario ó deudor. Pero la sociedad entra en el disfrute de todos los bienes de los socios, y debe por lo mismo cumplir todo cuanto puede ó debe considerarse carga de ese disfrute. De aquí el precepto del número 2.º del art. 1408.

Los atrasos ó réditos comprenden, pues, todas las cargas del disfrute: la renta, el interés, las pensiones, los impuestos, etc. Por tanto, ya exista ó no afección real sobre los bienes, el interés de todas las deudas privativas de cada uno de los cónyuges en los plazos en que deba satisfacerse, la renta en los arrendamientos, las pensiones en los censos, el canon en las minas, las contribuciones que se pagan por años y los impuestos que no hagan relación al capital, el descuento de utilidades, las pensiones impuestas como carga en una herencia, legado ó donación, etc., todo debe pagarse por la sociedad de gananciales.

La ley fija el período en que todos esos atrasos ó réditos corren á cargo de la sociedad; este periodo es el de la duración del matrimonio. Si, pues, *al empezar* la sociedad uno de los cónyuges adeudaba intereses de dos años por razón de un préstamo, esos intereses deben pagarse por el respectivo deudor, y si los abona la sociedad, se le debe indemnización ó recompensa. Si *al terminar* la sociedad se halla pendiente el pago de dos anualidades de rentas ó contribuciones, solamente la sociedad es responsable.

Podrá dudarse de esta conclusión en su primer extremo en vista de la palabra *atrasos* empleada en el número 2.º del artículo 1408, que parece indicar algo debido con anterioridad y no satisfecho, mucho más si se atiende á que privado el cónyuge deudor del disfrute de sus bienes y del producto de su trabajo, no es siempre fácil que abone durante el matrimonio esos atrasos. Pero aparte de que puede tener capital propio para el pago, la cuestión es en el fondo indiferente, porque aun suponiendo obligada á la sociedad al pago de tales atrasos, se trata con arreglo á los principios de una obligación que no debe so-

portarse por ella, por lo que siempre tendría el derecho de que el cónyuge deudor reintegrase lo que con cargo á él resultase satisfecho. Por lo demás, al decir el artículo atrasos ó réditos, y referirse al periodo de duración del matrimonio, debe interpretarse en el sentido que lo hemos hecho, como el más conforme con el espíritu del precepto y con la naturaleza de la cuestión. Goyena debía entender del mismo modo la ley cuando dice: «Los atrasos anteriores al matrimonio son una deuda personal del esposo que los debía, y disminuirán la dote ó el capital marital.»

La palabra *atrasos*, si hubiera de tomarse al pié de la letra, obligaría además á dar al precepto una extención y alcance que indudablemente no tiene, porque sería á cargo de la sociedad cuanto debieran los cónyuges antes de casarse, y estuviese aun pendiente de pago, fuese ó no por razón de intereses. Confirman aun más la interpretación que hemos dado tres circunstancias importantes. Es una de ellas, que el art. 1408 en todos los casos que comprende, se refiere á cargas propias de la sociedad de gananciales, que cumple porque son desde luego suyas, sin motivar indemnización. Es la segunda, que en el número 2.º que nos ocupa, se habla de atrasos en cuanto afectan á los bienes de cada cónyuge y á los gananciales, sin que quepa en éstos deuda alguna anterior al matrimonio ó referente á una época en que no existía la sociedad. Es la última, que el art. 1410 declara que las deudas de los cónyuges anteriores á la unión no son de cargo de la sociedad de gananciales, y deuda es de esa clase lo que cada cónyuge debe al casarse, sea por razón de capital ó intereses, porque el débito arranca de una época en la que no existía la sociedad conyugal.

La palabra atrasos, como todo el art. 1408, es copia exacta de lo dispuesto en el art. 1329 del proyecto de Código de 1851, y debe más bien referirse á los réditos devengados durante el matrimonio y pendientes de pago en el momento de su disolución.

Aparte cuanto puede deducirse de los números 2.º y 3.º del

art. 1408, constituyen cargas de la sociedad todas las demás que incumban al usufructuario, según los artículos que se ocupan de este derecho, gastos de producción y cultivo, defensa del usufructo, costas, etc.

III *Cargas del matrimonio.*—Consisten estas cargas en el sostenimiento de la familia, y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno solo de los cónyuges.

El sostenimiento de la familia comprende la satisfacción de todas las necesidades de la misma, el deber de alimentos, ó sea sustento, habitación, vestido y asistencia médica, como expresa el art. 142. Es entre los cónyuges un deber el del socorro y asistencia mútua, como es un deber en los padres el de alimentar y educar á sus hijos. Nada más lógico y natural que se destinen al cumplimiento de tales fines los productos del trabajo y las utilidades de los bienes, el activo de la sociedad de gananciales.

Esta es la carga más sagrada é importante de las impuestas en el art. 1408. Pueden faltar las demás, ésta no falta nunca. Es indiferente que los hijos tengan ó no bienes cuyo usufructo corresponda á los padres, como es indiferente que alguno de los cónyuges tenga ó no capital. Es imprescindible y se impone con una realidad abrumadora el deber del sostenimiento de la familia y de la educación de los hijos.

Con arreglo á la ley incumbe á la sociedad de gananciales la obligación de mantener y educar, no solo á los hijos comunes, sino tambien á los legítimos de uno solo de los cónyuges.

«El que se casa con viudo ó viuda, dice Goyena, no puede ignorar si tiene hijos, y la obligación que contrae para mantenerlos: lo contrario ocasionaría disgustos y discordias en los segundos y ulteriores matrimonios.»

El principio es lógico: puesto que todo el trabajo del padre ó de la madre, y todo su capítal y aun el de sus hijos menores en su caso, pasa á ser utilizado y aprovechado por la sociedad de gananciales, y de los productos de ese trabajo y de los frutos de ese capital habían de sacarse los alimentos, nada más natural que de tal fondo se tome lo necesario al efecto.

Sin embargo, sólo puede existir la obligación en la sociedad cuando resulte impuesta á los padres. La viuda al contraer segundo matrimonio, pierde, por regla general, la patria potestad sobre sus hijos; si pues se les nombra un tutor á quien corresponda en su caso la administración de los bienes, ó por cualquier circunstancia no hay en los padres obligación de alimentar y educar, tampoco puede haberla en la sociedad de gananciales.

La ley expresamente se refiere á los hijos legítimos; á ellos han de equipararse los legitimados por el matrimonio.

Mas los hijos naturales, aun legitimados por concesión Real, y los demás ilegitimos, están excluidos clara y terminantemente del precepto. Tampoco se comprenden en el número 5.° del artículo 1408 los alimentos que pueden deberse á los ascendientes ó á los hermanos, lo que quiere decir que esa carga ó es privativa del cónyuge á quien afecte, y si se cumple por la sociedad se le debe indemnización, ó debe estar incluida en otro número de dicho artículo.

Sutilizando bastante puede por alguien entenderse que la ley separa dos obligaciones completamente distintas, una el sostenimiento de la familia, en la que no introduce limitación alguna, y otra la educación que sólo alcanza á los hijos legítimos de ambos cónyuges ó de uno solo de éllos. Sin embargo, la palabra familia no puede entenderse más que en un sentido estricto ó limitado: la familia en el art. 1408, sólo comprende al marido, la mujer y los hijos legítimos. Sólo al absurdo podría conducir otra interpretación que equivaldría á imponer á la sociedad de gananciales la obligación de mantener á todos los ascendientes y parientes colaterales de ambos esposos, ya en absoluto, ya en casos determinados.

La obligación, en su caso, de facilitar alimentos á los hijos naturales, á los ascendientes ó á los hermanos, no está, pues, comprendida en el núm. 5.°, ni por su carácter personal cabe en el núm. 1.°, pudiendo, á lo más, incluirse en el núm. 2.°, como carga sobre los frutos que afecta á los bienes de uno de los cónyuges, y que justo es se cumpla por la sociedad que es

la que disfruta, cuando realmente tenga bienes ó productos el cónyuge obligado y con ellos se beneficie dicha sociedad.

IV.—*Deudas contraídas por el marido durante el matrimonio, ó por la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar á la sociedad.*—Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, representante legal de la sociedad en la situación normal de la misma, se entienden contraídas por la sociedad. La ley presume que se contraen en interés común. No obstante, está presunción puede destruirse mediante la prueba en contrario, como veremos al ocuparnos del art. 1413.

Esas deudas pueden hacer relación á los tres anteriores grupos, por necesitar la sociedad fondos para cumplir las obligaciones á que se refieren, ó pueden ser en cierto modo independientes. En todo caso, la sociedad y el marido se identifican en las relaciones con terceras personas, presumiéndose, como hemos dicho, que el jefe de la familia obra siempre en interés común.

No es necesario que el marido exprese que interviene en nombre de la sociedad, más sí es preciso que la presunción ofrezca términos hábiles. El art. 1408, en esta parte, ha de ponerse en relación con el 1409 y el 1415 que imponen limitaciones racionales: las palabras deudas y obligaciones representan una carga fundada en algo equivalente de que se ha aprovechado ó ha podido aprovecharse la sociedad; lo donado ó prometido donar fuera de los límites de los expresados artículos, no obliga á la sociedad, como tampoco pueden obligarla los actos del marido cuando éste manifiesta claramente que obra en su exclusivo nombre ó interés y que no ha de entenderse obligada la comunidad.

Además ha de tenerse presente que los acreedores no pueden hacer efectivo el importe de sus créditos en los frutos de los bienes parafernales, á menos de que prueben que redundaron en provecho de la familia, como consta del precepto especial del art. 1386.

Entre las deudas que contrae el marido durante el matri-

monio, deben citarse las originadas por la defensa en juicio de los intereses de la sociedad.

Véase lo expuesto con relación á *litisexpensas* entre los cónyuges, en el comentario del art. 143, punto sobre el cual insistiremos al ocuparnos de la jurisprudencia.

Es regla general que la mujer, en los casos normales, no puede obligar á la sociedad de gananciales, siendo, desde luego, excepcional lo dispuesto en los artículos 62 y 1362 que, por otra parte, se fundan en la aquiescencia del marido.

Cabe también que la mujer obre en virtud de mandato de su esposo, mas este caso no puede mirarse como una excepción, porque el mandatario obra en nombre del mandante y éste es en tales casos quien realmente obliga á la sociedad.

La simple licencia concedida á la mujer por su marido en los casos en que la ley lo estima necesario, no significa en modo alguno que queda por ello obligada la sociedad de gananciales, como tampoco queda obligada por los actos y contratos que la mujer celebre, con ó sin licencia marital, con relación á sus bienes parafernales.

Por último, el art. 59, en relación con el 1412 y el 1315, y los artículos 1441 y 1442, suponen casos anormales, en los que por voluntad de las partes ó por ministerio de la ley ejerce la mujer la administración de los bienes de la sociedad de gananciales, y en esos casos tiene las mismas facultades é idénticas responsabilidades que el marido, obligando, por tanto, á la sociedad las deudas y obligaciones que contraiga.

Véase el comentario del art. 1416.

C) *Jurisprudencia.—a)* El núm. 1.º del art. 1408 ha sido objeto de varias decisiones del Tribunal Supremo, siempre en cuestiones motivadas por *litis-expensas* exigidas á la sociedad de gananciales en los pleitos sostenidos entre marido y mujer.

Confirmando la jurisprudencia anterior al Código civil, la sentencia de 15 de Abril de 1896 declara lo siguiente: «El artículo 1408 prescribe que sean de cargo de la sociedad conyugal ó de ganancias, las deudas y obligaciones que durante el

matrimonio contrajere así el marido como la mujer, y, por tanto, con arreglo á este precepto y al sentido general de cuantas disposiciones establecen y regulan los derechos y obligaciones respectivas entre los cónyuges, el marido debe abonar á su mujer el importe de los gastos que la ocasionen los pleitos que con él se viera precisada á sostener, acudiendo á la defensa de sus derechos.» En su consecuencia, además de la cantidad facilitada á la esposa como alimentos, debe el marido abonar otra para *litis-expensas*.

La de 26 de Enero de 1897 sostiene lo mismo, pretendiendo ahondar más en el fondo de la cuestión, y descubriendo realmente el punto débil de la defensa: «El art. 1408 consigna como carga primera de la sociedad de gananciales, las deudas y obligaciones contraídas, no sólo por el marido sino también por la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar á la sociedad, y el 60, después de erigir al marido en representante de su mujer, y de prohibir á ésta comparecer en juicio sin su licencia, la autoriza para hacerlo por sí ó sin necesidad de ella, entre otros casos, en los de demandar ó defenderse en los pleitos con su marido, lo cual implica que, haciéndolo, puede obligar y obliga á la sociedad, y necesita ó puede necesitar y exigir que el marido sufrague los gastos de su defensa *cuando no disponga de bienes* con que hacerlo.»

Con arreglo á la sentencia de 4 de Julio de 1896, la mujer no debe solicitar para *litis expensas* cantidad alguna determinada, siendo la determinación de su cuantía, atribución propia del arbitrio judicial.

La de 21 de Enero de 1898, confirmando una idea ya apuntada en el considerando transcrito de la de 26 de Enero de 1897, dice: «El art. 1408 se limita á definir las cargas de la sociedad de gananciales, *pero no exime á la mujer rica*, por razón de su matrimonio, de sufragar los gastos de los pleitos que la afecten, particularmente á ella ó á personas sometidas á su potestad.»

En la de 4 de Abril de 1900, se declara que la mujer debe pagar á su defensor los honorarios por él devengados, en pleito

seguido con su esposo, sin perjuicio de repetir después contra la sociedad de gananciales, *si es que esta sociedad tiene tal obligación.*

¿Qué resulta en definitiva? Que sin perjuicio de la resolución judicial que en su día recaiga con relación á las costas del juicio, los gastos que ocasione la defensa de la mujer casada en los pleitos que sostenga con su marido ó que la afecten particularmente, deben ser pagados ó satisfechos por la mujer misma, en los casos en que en virtud de contrato ó cuasicontrato, quede válidamente obligada, siendo esos gastos de su exclusiva responsabilidad, siempre que sea rica ó tenga medios suficientes, y que, en el caso de ser pobre puede exigir *litis expensas* de la sociedad de gananciales, viniendo así á aplicarse una doctrina que más que en el art. 1408, puede decirse que es realmente una aplicación de lo dispuesto en el 1410, y con ó sin obligación de indemnizar, según la definitiva resolución de los Tribunales.

Resulta también, aunque otra cosa se deduce de la jurisprudencia, y especialmente de la sentencia de 26 de Enero de 1897, que una cosa es que la mujer pueda comparecer en juicio y quedar válida y legalmente obligada sin la licencia marital, ó con ella cuando fuese necesaria, y otra muy distinta que con sus actos obligue á la sociedad de gananciales.

b) Con relación al núm. 3.º del art 1408, se ha dictado la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Mayo de 1902, que declara que las reparaciones de los bienes privativos de la mujer son carga de la sociedad y deben reputarse como *menores* mientras no se pruebe otra cosa distinta.

c) Con relación al núm. 5.º, declaran las sentencias de 18 de Abril de 1893 y 21 de Enero de 1898, que no constituyen carga de la sociedad de gananciales los gastos de los litigios seguidos en interés de hijos habidos por uno de los cónyuges en un matrimonio anterior, pues tales gastos no pueden incluirse en el sostenimiento de la familia ni en la educación.

A su vez, la sentencia de 21 de Enero de 1903, decide que el

padre, con cargo á la sociedad de gananciales, debe sufragar los gastos de defensa del hijo cuando lo representa en juicio, pero no cuando se halla representado por un defensor y litiga, precisamente, con el fin de privar á su padre de su autoridad.

D) *Códigos extranjeros.*—El art. 1926 del código de Uruguay comprende los cinco números de nuestro art. 1408, y además los casos comprendidos en nuestros artículos 1409 y 1411.

El 1275 del código argentino omite lo referente á atrasos ó réditos de las obligaciones propias del marido ó la mujer, y á reparaciones mayores, siendo en lo demás igual al de Uruguay,

Uno y otro comprenden los alimentos que deben darse á los ascendientes.

El 1392 del Código de Venezuela sólo abraza los casos que el nuestro, añadiendo un número para los alimentos debidos á los ascendientes, y hablando en el núm. 2.°, no de atrasos ó réditos, sino de los réditos caídos ó intereses devengados durante el matrimonio.

Concuerda también el art. 1408 con los 2168 y 2174 al 2177 del código de Méjico, y con el 1740 del de Chile, aunque en este existen algunas diferencias, tal como la consignada en su número 3.°: «La sociedad responde de las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado á compensar á la sociedad lo que ésta invierta en ello.» La mujer obliga á la sociedad cuando obra con autorización de su marido, ó de la justicia en su defecto.

ARTÍCULO 1409

Será también de cargo de la sociedad de gananciales el importe de lo donado ó prometido á los hijos comunes por el marido, solamente para su colocación ó carrera, ó por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que haya de satisfacerse con los bienes de la propiedad de uno de ellos, en todo ó en parte.

A) *Precedentes legales.*—Véanse los del art. 1343.

B) *Comentario.*—Prescinde este artículo por completo de si existe ó no obligación de dotar ó de donar, y por eso no se refiere sólo á las hijas sino á los hijos en general. Cuando se trata de la colocación de los hijos varones ó hembras, ó de darles carrera, la ley permite al marido la donación ó promesa de bienes con cargo á la sociedad de gananciales.

El art. 1330 del proyecto de 1851 decía: «También es cargo de la sociedad el importe de lo dado ó prometido á los hijos comunes para su colocación por el marido solamente, ó por el marido y la mujer de común acuerdo, etc. Esta es la idea: la palabra «solamente» debe ponerse en relación con los actos del marido, como lo confirma el art. 1415. Es, pues, carga de la sociedad de gananciales lo donado ó prometido solamente por el marido, ó por ambos cónyuges de común acuerdo, realizándose precisamente con las dos condiciones que siguen: 1.ª En favor de los hijos comunes. 2.ª Para su colocación ó carrera.

No es de cargo de la sociedad de gananciales:

1.º Lo donado ó prometido en igualdad de circunstancias por la mujer solamente, á no mediar circunstancias excepcionales en virtud de las que la mujer con sus actos pueda legalmente obligar á dicha sociedad.

2.º Lo donado ó prometido á los hijos para los indicados fines, por el marido sólo, ó por el marido y la mujer, cuando se hayan obligado ó convenido en pagar con sus bienes propios, uno solo de éllos, ó ambos en cualquier proporción.

3.º Lo donado ó prometido con cualquier fin á los hijos de uno solo de los cónyuges, aunque sea su padre el marido y él pretenda realizar la donación.

4.º Lo donado ó prometido á los hijos comunes, para objetos distintos de su carrera ó colocación. Estas donaciones son á cargo del cónyuge donante ó promitente, ó de ambos cónyuges en la proporción convenida.

Nos referimos en lo demás relacionado con este artículo, al comentario de los 1343 y 1415.

C) *Códigos extranjeros.*—Ningun código de los que hemos examinado, está enteramente conforme con el nuestro.

Los códigos de Uruguay y República Argentina no se refieren al marido, sino que en general estiman carga de los gananciales lo que se diese ó se gastase en la colocación de los hijos del matrimonio.

El 1740 del código de Chile, en su número 5.º, encierra la misma idea: es carga de la sociedad, no solo el mantenimiento y educación de los hijos comunes, sino también su establecimiento.

El 2178 del código de Méjico, considera carga de la sociedad el importe de lo dado ó prometido *por ambos consortes* á los hijos comunes, y carga privativa del marido ó de la mujer el importe de lo que aisladamente prometan ó den para colocarlos.

Lo mismo dispone el art. 1393 del código de Venezuela.

ARTÍCULO 1410

El pago de las deudas contraídas por el marido ó la mujer antes del matrimonio no estará á cargo de la sociedad de gananciales.

Tampoco lo estará el de las multas y condenas pecuniarias que se les impusieren.

Sin embargo, el pago de las deudas contraídas por el marido ó la mujer con anterioridad al matrimonio, y el de las multas y condenas que se le impongan, podrá repetirse contra los gananciales después de cubiertas las atenciones que enumera el art. 1408, si el cónyuge deudor no tuviese capital propio ó fuera insuficiente; pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados.

A) *Precedentes legales*—No existen en realidad. Con relación á las compañías ó sociedades comunes, las leyes 7 y 13 del titulo 10 de la Partida 5.ª, declaraban responsables á los socios del

daño ó perjuicio que ocasionasen á la sociedad por su culpa ó dolo.

B) *Comentario.*—I *Deudas anteriores al matrimonio.*—La sociedad de gananciales empieza el día de la celebración del matrimonio. Todo lo que en ese momento poseen los cónyuges es privativo de ellos; todo lo que deben en ese día corre exclusivamente á su cargo. Así como la sociedad no adquiere el capital mueble ni inmueble de los asociados, el activo de cada uno de los mismos, tampoco soporta sus deudas ú obligaciones peculiares, su pasivo especial.

Esta es la primera declaración del art. 1410: el pago de las deudas contraídas por el marido ó la mujer antes del matrimonio, no estará á cargo de la sociedad de gananciales.

«La comunidad, como dice Fiore, sólo sufre indirectamente el efecto de esas deudas, en cuanto mediante su pago viene á disminuirse el activo cuyo disfrute le pertenece. Si la mujer en el momento de casarse tiene 100 de capital y 50 de deudas, la comunidad adquiere en apariencia el goce de 100, más en realidad sólo disfruta 50 que es el líquido haber aportado: los acreedores conservan su derecho de exigir los intereses de sus créditos y el pago del capital á su veneimiento, por lo que si la comunidad y en su nombre el marido como administrador, no están obligados al pago del capital, lo están de un modo directo al abono de los intereses que constituyen una baja del disfrute perteneciente á la comunidad, y aun indirectamente al pago del capital, en el sentido de que no pagándose queda expuesta á ser privada de ese disfrute.»

Si la sociedad de gananciales no está obligada al pago de las deudas peculiares de los cónyuges, anteriores al matrimonio, ¿cómo se pagan esas deudas? ¿cuales son los derechos de los acreedores?

En el comentario del art. 1362 nos hemos ocupado de esta cuestión con relación á las deudas de la mujer. Lo mismo debe entenderse con relación al marido. El capital realmente aportado por los cónyuges es la diferencia entre su activo y su pasivo.

Los acreedores con créditos anteriores al matrimonio pueden desde luego cobrar con los bienes privativos de cada esposo: siendo su derecho anterior al de la sociedad de gananciales, gozan sobre ella de preferencia.

La regla del párrafo primero del art. 1410 tiene en el tercero una excepción de la que nos ocuparemos después.

II *Multas y condenas pecuniarias.*— Separadas las deudas y obligaciones peculiares de cada cónyuge anteriores al matrimonio, el Código sólo se ocupa en este artículo de las multas y condenas pecuniarias que se les impusieren durante la unión, expresando que tampoco responde de ellas la sociedad de gananciales.

¿Quiere esto decir que todas las demás deudas y obligaciones peculiares de los esposos y contraídas durante el matrimonio, corren á cargo de dicha sociedad?

Hay que poner este artículo en relación con lo dispuesto en el número 1.º del art. 1408, y con los 1412 al 1416. La sociedad de gananciales responde de todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y de las contraídas por la mujer, cuando ésta, con arreglo al art. 1416, obligue legalmente con sus actos á la expresada sociedad. El marido, por otra parte, sólo puede hacer donaciones en los términos limitados que prescriben los arts. 1409 y 1415, y puede tener, aun durante el matrimonio, obligaciones que le sean peculiares, á pesar de la generalidad de expresión del número 1.º del artículo 1408.

Son consecuencia de estos preceptos y principios:

1.º Que, por regla general, constituyen una carga de la sociedad de gananciales todas las deudas y obligaciones contraídas por el marido durante el matrimonio, en cuanto tales deudas representen un equivalente recibido por la sociedad, ó por el marido que se presume obra siempre en su nombre, ó en interés de dicha sociedad.

2.º Exceptúanse de esa regla:

a) Las multas y condenas pecuniarias que al mismo marido

se le impongan. Cuando se trata de tales condenas y multas, la ley no puede presumir que ha nacido la obligación en interés de la comunidad: se trata de una responsabilidad personal privativa del marido, y á él solo incumbe, por regla general, su pago ó cumplimiento.

b) Lo donado ó prometido á los hijos comunes para fines distintos de su colocación ó carrera, ó á sus hijos procedentes de un matrimonio anterior, ó á otras personas distintas, pues así se deduce de los arts. 1409 y 1415, y así se comprende que sea, por no poder presumirse que obra el marido en interés de la comunidad.

c) Todas las deudas y obligaciones que de un modo claro y evidente sean privativas del marido, como aquellas que contraiga expresando que no obliga á la sociedad, la obligación de dar alimentos á sus ascendientes, hermanos ó hijos naturales y otras análogas, si no se estiman contenidas en el número 2.° del artículo 1408.

3.° Que las deudas y obligaciones contraídas por la mujer durante el matrimonio, en los casos en que obliga legalmente á la sociedad, siguen las mismas reglas antes expresadas, y sufren por tanto las mismas excepciones.

4.° Que las deudas y obligaciones contraídas por la mujer en dicho periodo, en los casos en que legalmente no obliga á la sociedad, corren exclusivamente á cargo de sus propios bienes, y siempre, sin perjuicio de los derechos de dicha sociedad sobre sus frutos, como anterior al nacimiento de tales obligaciones. Véase lo expuesto sobre este particular en el comentario del artículo 1362.

Contrayéndonos al objeto especial á que se refiere el art. 1410, las multas y condenas pecuniarias representan algo personalísimo del cónyuge que con su falta ó delito da lugar á ellas. Las multas, ya sean impuestas por la autoridad judicial ó gubernativa, cuando procedan de un hecho imputable á uno solo de los esposos, constituyen una pena cuyo cumplimiento debe ser personal. Otro tanto cabe decir, aunque no se trate de penas,

en cuanto á las responsabilidades civiles nacidas de hechos ú omisiones de uno solo de los cónyuges, v. gr., restitución en su caso, reparación del daño causado, indemnización de perjuicios, reintegro de papel sellado, honorarios del defensor, y del acusador privado en su caso, y demás costas procesales.

La generalidad de expresión del art. 1410 en esta parte, y la razón del precepto permiten salir de la esfera de acción del Código penal, y aplicar la disposición á toda condena pecuniaria impuesta á uno solo de los cónyuges, por actos personales suyos ó por responsabilidad, que le sean imputables ó peculiares. Los arts. 1902 á 1910 del Código civil se ocupan de obligaciones que nacen de culpa ó negligencia; si en ellos incurre alguno de los cónyuges, ú obra con dolo, y por ello se le impone la reparación del daño, la indemnización de perjuicios, ó el pago de costas, estos pagos no son cargas de la sociedad de gananciales, gravan el capital del esposo que ocasionó el mal ó el perjuicio con su dolo, culpa ó negligencia.

Aun en asuntos civiles extraños al cuasidelito, la condena de costas á la mujer, ó privativamente al marido, supone la responsabilidad especial para su pago. La sola condena al marido sin expresión de ser á su cargo exclusivo, grava la sociedad, porque, como dijimos en su lugar, en las relaciones con terceras personas, el capital del marido y de la sociedad se confunden é identifican.

Véase la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre *litis-expensas* al final del comentario del art. 1408.

III. - *Excepción á las reglas expresadas anteriormente.*—Las deudas y obligaciones anteriores al matrimonio, y las multas y condenas pecuniarias impuestas durante el mismo, son á cargo del cónyuge deudor ó responsable. Debe pagar con sus propios bienes.

Pero puede ocurrir que no sean suficientes esos bienes ó que no los tenga, y existan, en cambio, bienes gananciales, que, por serlo, deben pertenecer á ambos esposos. La ley preve este caso y dispone que en él pueda repetirse contra los bienes ga-

nanciales, después de cubiertas las atenciones que enumera el art. 1408, con la condición de que al tiempo de la liquidación de la sociedad se cargue al cónyuge responsable lo satisfecho por él por los conceptos expresados.

El precepto se presenta tan natural, que á primera vista no puede menos de sentirse su justicia. La sociedad no es la obligada al pago, pero median intereses legítimos, hay acreedores que no deben perder sus créditos, hay que reparar un mal ó un daño, ó indemnizar un perjuicio, y la ley ante la carencia de bienes privativos del cónyuge deudor ó responsable, y la existencia de gananciales sobrantes, ordena el pago, la reparación ó la indemnización que procedan á costa de la sociedad, pero disponiendo que en su día se le descuente á ese cónyuge en su respectivo haber.

El legislador ha olvidado, sin embargo, un detalle que puede convertir su precepto en inocente é injusto. Al permitir que en cualquier tiempo, durante el matrimonio, pueda exigirse el pago á la sociedad de gananciales, mediante el cumplimiento de las condiciones que se determinan, olvida que sea el que fuere el sobrante que en ese tiempo pueda haber, tal vez haya sólo pérdidas en el momento de la liquidación, y entonces resultará de hecho que el cónyuge inocente ó no deudor, habrá sido, en definitiva, el único responsable y perjudicado, sin esperanza alguna de indemnización. Véase un precepto justo que puede consumar una gran injusticia.

En evitación de ella, el código de Méjico, art. 2172, dispone que los créditos anteriores al matrimonio, en el caso de que el cónyuge obligado no tenga con qué satisfacerlos, sólo podrán ser pagados con los gananciales que le correspondan, *después de disuelta la sociedad legal*.

Esta limitación no existe en nuestro Código. En verdad, destruye la regla sustituyéndola con un precepto inútil, porque una vez disuelta la sociedad de gananciales, con ganancias, es claro que con las correspondientes al cónyuge deudor, pueden y deben pagarse sus deudas, y aun renunciados los gananciales,

los acreedores tendrían facultad para aceptarlos, con arreglo al art. 1394, en relación con el 1001.

En cualquier tiempo, durante el matrimonio, y con mayor razón después, pueden los acreedores particulares de uno de los cónyuges, por deudas anteriores al matrimonio, ó en el caso de tratarse de multas ó condenas pecuniarias, repetir para el cobro contra los bienes gananciales; pero deberán justificar los extremos siguientes que, como condiciones indispensables, establece la ley:

1.º Que el cónyuge deudor carece de bienes propios ó no son suficientes.

2.º Que existen bienes gananciales sobrantes después de cubiertas todas las atenciones que enumera el art. 1408.

Los Tribunales apreciarán en cada caso la cuestión con arreglo al resultado de la prueba, y como debe sin duda existir un verdadero sobrante de bienes gananciales; para condenar al pago á la sociedad, lógico es presumir, y esto explica la razón del precepto, que dicha sociedad se liquide con ganancias.

La operación indicada en el art. 1410, que es general siempre que el marido ó la mujer deban algo á la sociedad y carezcan de bienes propios, es sencilla. Se han pagado 4.000 pesetas por deudas de la mujer, anteriores al matrimonio, y resultan de gananciales verdad, al tiempo de la liquidación 8.000. A estos se añade el crédito de 4.000 contra la mujer que por ella suplió la sociedad. Total de gananciales, 12.000, de los que corresponden 6.000 á cada cónyuge. Al marido se adjudican 6.000 en efectivo, y á la mujer 4.000 en vacío por su adeudo, y el resto en efectivo. Así ninguno de los cónyuges se perjudica.

Pero si al liquidar la sociedad no existen más gananciales que las 4.000 pesetas pagadas al acreedor, como el haber de la mujer que carece de otros bienes es sólo de 2.000, deberán, ella ó sus herederos, al marido ó los suyos las 2.000 restantes, crédito de dudoso ó imposible cobro. Y aun puede resultar más ruinosa la operación, si esas 4.000 pesetas faltan en definitiva en el capital del marido.

En caso de tener algún capital el cónyuge deudor, solo puede repetirse contra los gananciales por la cantidad que falte ó para cuyo pago no sea aquel capital suficiente.

Hemos visto que, aparte de las deudas, multas y condenas á que el art. 1410 se refiere, pueden existir otras obligaciones privativas de uno solo de los cónyuges. En igualdad de condiciones, ¿podrán los acreedores repetir contra la sociedad de gananciales? Entendemos que no: la naturaleza excepcional del precepto no consiente extenderle á casos no comprendidos en su texto.

C) *Códigos extranjeros*.—El código de Guatemala, arts. 1105 y 1107, establece la regla de nuestro artículo y no la excepción. Con relación á la responsabilidad civil por delito de un cónyuge, se declara que no podrá perjudicar al otro en sus bienes propios ni en su parte de los comunes.

Lo mismo se desprende de los artículos 1283 del código argentino y 1750 del de Chile, párrafo 2.°, aunque ambos son poco expresivos en este punto.

El código de Méjico en su art. 2169 contiene en esencia la misma doctrina que el nuestro, con la limitación contenida en el 2172 á que nos hemos referido en el comentario. Los 2170 y 2171 establecen que la sociedad responde de las deudas anteriores al matrimonio, cuando ambos cónyuges estuviesen obligados ó cuando se hubiesen contraído en provecho común, y aclaran lo que debe entenderse por tales deudas.

El art. 1410 de nuestro Código concuerda á la letra con el 1927 del código de Uruguay, sin más variación que la de limitar la excepción á las deudas y responsabilidades del marido.

En el código de Venezuela no existe concordante.

ARTICULO 1411

Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego, no disminuirá su parte respectiva de los gananciales.

Lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges

en juego lícito será cargo de la sociedad de gananciales.

En el proyecto de Código de 1851, art. 1332, el segundo párrafo sólo se refería á lo perdido y no pagado por el marido. Nuestro Código en este artículo, como en el anterior, iguala en todo á la mujer con su marido.

El art. 1411 está en relación con el 1406. Lo ganado en toda clase de juegos por el marido ó la mujer, pertenece á la sociedad de gananciales; lo perdido y pagado, y lo perdido y aun no pagado, pero legalmente exigible, por provenir de juegos lícitos, afecta á la sociedad ó corre á cargo de la misma.

La interpretación del art. 1411 es sencilla, descomponiéndose en tres reglas:

1.ª La sociedad de gananciales responde de lo perdido y pagado por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, en toda clase de juego, sea lícito ó ilícito, pues aun siendo ilícito, lo ya pagado, no se puede, por regla general, repetir contra el que lo cobró. En todo caso la regla es absoluta; si pudiera repetirse y se obtuviese la restitución, el beneficio sería para la sociedad. Esta regla equivale á decir que se prescinde de tales pérdidas en la liquidación de la sociedad, considerándolas como una carga cumplida, que siendo de su exclusiva incumbencia, no puede cobrarse del cónyuge jugador.

«Lo mismo debe decirse, expresa Goyena, de lo ya gastado ó disipado en otros vicios: de lo contrario se abriría la puerta á escándalos é investigaciones odiosas, que turbarían la paz de los vivos, y mancillarían la opinión de los difuntos aun inocentes.»

2.ª La sociedad de gananciales responde de lo perdido por cualquiera de los cónyuges en juegos lícitos y aun no satisfecho, ya se exija su pago durante el matrimonio ó después.

3.ª Dicha sociedad no responde de lo perdido y no pagado por cualquiera de los cónyuges en juegos ilícitos. La razón es evidente: no existe obligación de pagar.

Códigos extranjeros.—Concuerda con el núm. 7.° del art. 1926 del código de Uruguay y núm. 5.° del 1275 del de la República Argentina.

El art. 1928 del código de Uruguay, añade: «Lo ya gastado ó satisfecho, y aun lo disipado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges, no disminuye su parte respectiva de gananciales.»

SECCIÓN QUINTA

DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

ARTÍCULO 1412

El marido es el administrador de la sociedad de gananciales, salvo lo dispuesto en el art. 59.

ARTÍCULO 1413

Además de las facultades que tiene el marido como administrador, podrá enajenar y obligar á título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento de la mujer.

Sin embargo, toda enajenación ó convenio que sobre dichos bienes haga el marido, en contravención á este Código ó en fraude de la mujer, no perjudicará á ésta ni á sus herederos.

ARTÍCULO 1414

El marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales.

ARTÍCULO 1415

El marido podrá disponer de los bienes de la sociedad de gananciales para los fines expresados en el artículo 1409.

También podrá hacer donaciones moderadas para objetos de piedad ó beneficencia, pero sin reservarse el usufructo.

ARTÍCULO 1416

La mujer no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido.

Se exceptúan de esta regla los casos previstos en el art. 1362 y en los artículos 1441 y 1442.

A) *Precedentes legales.—Artículo 1412.*—Véase en el artículo 1357, la ley 7.ª, tít. 11, Partida 4.ª

Artículo 1413.—Ley 5.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, dada por D. Enrique IV en Nieva, año 1473. «Y otrosí, que los bienes que fuesen ganados, mejorados y multiplicados durante el matrimonio, entre el marido y la mujer, que no fueren castrenses ni casi castrenses, que los pueda *enagenar* el marido durante el matrimonio, si quisiere, sin licencia ni otorgamiento de su muger, y que el contrato de enagenamiento vala, salvo si fuere probado que se hizo cautelosamente por defraudar ó damnificar á la muger.»

Esta ley guarda relación con las siguientes de fecha anterior:

Ley 8.ª, tít. 1.º, libro 5.º del Fuero Viejo: «Esto es fuero de Castilla entre fijodalgos. Que ansi como el marido puede comprar algunas cosas con su muger, ó facer otras ganancias algunas quier de mueble, quier de raíz, ansi como lo ganó con ella, ansi lo puede *vender*, si quisier, e ella non gelo puede embargar.»

Ley 205 de las del Estilo: «Si alguno seyendo casado con alguna mujer compró alguna heredad ó otra cosa que ganó estando en uno con su mujer, estos bienes que ansi compró ó ganó, puédelos *vender* el marido si menester le fuere, en tal que non lo faga el marido maliciosamente, maguer la muger avie su meytad

en aquella ganancia de lo que el marido habia ganado ó comprado.»

Artículo 1415.—Discutíase en el derecho antiguo si el marido podía ó no donar los bienes gananciales. Aunque la ley citada de Santa María de Nieva hablaba de enajenar, era, sin embargo, la opinión más corriente la de interpretar esa palabra en armonía con la letra y espíritu de nuestras leyes antiguas, en el sentido de que sólo facultaban al marido para disponer de los bienes gananciales á título oneroso.

Artículo 1416.—Guarda relación con el art. 49 de la ley del Matrimonio civil.

Las leyes 6.ª y 8.ª del tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que algunos autores señalan como precedentes del artículo 1414, son en realidad completamente extrañas al mismo. La ley 6.ª permite disponer *al viudo* de sus gananciales, sin obligación de reservarlos en caso de contraer segundo matrimonio. La ley 8.ª dispone que si el marido hace un legado á su mujer, no se le descuente de sus ganancias, sino que cobre íntegramente la mitad de éstas y además su legado. Otra cosa sería disponer el marido por testamento de más de su mitad de ganancias, en cuyo sentido puede decirse se relaciona algo con el art. 1414.

B) *Comentario.*—Comprenden estos artículos lo que podemos llamar la vida de la sociedad de gananciales ó su contenido.

Esa vida comprende, desde el momento en que empieza á existir la sociedad (art. 1393), hasta aquel en que termina (artículo 1417). Fuera de esos límites no son aplicables los artículos 1412 al 1416.

Distinguiremos entre la vida normal de la sociedad de gananciales y lo que puede calificarse de vida anormal de la misma.

PRIMERO. *Vida normal de la sociedad de gananciales.*—En ella debemos ocuparnos separadamente de la administración, las enajenaciones y obligaciones á título oneroso, la disposición

entre vivos de bienes gananciales á título lucrativo y las disposiciones por causa de muerte.

Antes, sin embargo, conviene exponer ciertas ideas generales.

La sociedad de gananciales, como todas las demás sociedades, requiere una dirección y una administración. Constituída dicha sociedad solamente por el marido y la mujer, la ley tenía que decidir, en primer término, si debía conceder á ambos, junta ó separadamente, esa dirección, ó á uno solo de ellos.

Dar idénticas facultades á ambos cónyuges para proceder de mutuo acuerdo, era embarazar seguramente la marcha de la sociedad, porque en cuantos asuntos no estuviesen conformes los dos gerentes, se impondría la intervención de la autoridad judicial para decidir, originándose cuestiones y disgustos, tanto más graves y lamentables, cuanto que no perturbarían simples relaciones de asociados, sino la paz y la armonía de la familia en el seno del hogar.

La facultad, por otra parte, de obrar aisladamente y con independencia, produciría una confusión y un trastorno de imposible sostenimiento, porque cada uno podría contrariar la marcha del otro, impulsando la sociedad sin rumbo fijo y con posibles colisiones de derechos, si cada uno de los directores ó gerentes resolvían un mismo asunto en sentidos opuestos, ó contrataban sobre los mismos bienes con distintas personas.

Racionalmente, era necesario conferir á uno solo de los esposos la dirección y administración de la sociedad, y la solución en este caso no ofrecía duda. Siendo el hombre sér más fuerte, más enérgico, más en relación con la sociedad ó el mundo exterior, y más desligado de los cuidados familiares y de los deberes domésticos, está, desde luego, en mejores condiciones para llevar esa dirección. El marido es el jefe de la familia por el acuerdo unánime de todas las legislaciones antiguas y modernas.

Reconocido el principio, podía dársele más ó menos extensión, anulando la personalidad de la mujer en el matrimonio,

ó elevándola todo lo posible, sin perjuicio de la suprema dirección y jefatura del marido en la sociedad conyugal.

En esta parte, y dentro del sistema de gananciales, existe una gradación formada por los siguientes escalones, que vienen á constituir tres sistemas distintos.

a) Negar á la mujer toda intervención en los asuntos de la sociedad, dando al marido la facultad de administrar sus bienes privativos, los de la mujer y los de la comunidad, y el poder de enajenar y obligar en absoluto con sus actos estos últimos bienes, sin consentimiento de aquélla, ni recurso alguno por su parte.

b) Consentir á la mujer la administración de determinados bienes de su exclusiva propiedad y limitar los derechos del marido en los bienes comunes, permitiéndole sólo las enajenaciones y obligaciones á título oneroso, y negándole en absoluto, ó dentro de ciertos límites más ó menos extensos, la facultad de donar, con intervención más ó menos directa de la mujer para impedir las donaciones y para evitar todo fraude ó perjuicio en sus intereses.

c) Reducir las facultades del marido á las de un simple administrador y director en cuanto afecte á los intereses de la comunidad, exigiendo el consentimiento de la mujer para todo acto que equivalga á un desprendimiento de derechos en los bienes comunes, ya en absoluto, ya con relación á los bienes inmuebles.

Este último sistema, admitido en Navarra y en el código de Méjico, es sin duda el más lógico, pues en nada se opone á la suprema dirección de la sociedad por el marido y á la administración de los bienes comunes, la natural intervención de la mujer, como condueña, cuando se trata de disponer de bienes que la ley declara no son privativos del marido.

El Código, respetando nuestras antiguas leyes y siguiendo la doctrina admitida por la mayoría de las legislaciones, admite el segundo de los sistemas expresados, tendiendo á simplificar las relaciones nacidas de la sociedad y á afirmar su crédito y

ventajas. Parte la ley del supuesto de que el marido, al obrar en nombre de la sociedad, obra en su propio interés, y, por tanto, no enajenará sino cuando sea necesario hacerlo, recibirá siempre algo equivalente y dispondrá de cuanto obtenga, aunque sea en virtud de préstamo, de la manera más útil para ambos condueños. Teme, además, que la obligada intervención de la mujer en actos de enajenación ó gravamen, sea sólo un entorpecimiento y un origen de disgustos y desavenencias, ó signifique una mera fórmula ó una exigencia, todo lo lógica que se quiera, pero sin ventaja ni trascendencia real en la práctica, al menos en el estado actual de la sociedad y de la familia.

No es nuestra misión discutir las ventajas ó inconvenientes de este sistema, sino estudiarlo tal como el legislador lo desenvuelve en los articulos 1412 al 1416 que estamos examinando.

En los casos normales, y con relación á los bienes comunes ó gananciales, corresponden al marido las facultades siguientes, según resulta del art. 1412, núm. 1.º del 1408, párrafo 1.º del 1413, 1415 y 1414:

1.º La administración.

2.º La facultad de enajenarlos y obligarlos á título oneroso sin el consentimiento de la mujer.

3.º La facultad de hacer ó prometer donaciones, bien para la colocación ó carrera de los hijos comunes, bien moderadamente, para objetos de piedad ó beneficencia.

4.º La facultad de disponer por testamento de su mitad de gananciales.

De este exceso de facultades del marido se deducen dos consecuencias importantes. Es una de ellas, que durante la existencia de la sociedad de gananciales ó hasta el momento de su terminación, los derechos de los cónyuges son muy desiguales, asignándose á la mujer una situación pasiva y un puesto secundario. Es la otra, que ante los terceros, el marido y la sociedad son, en términos generales, una sola y misma cosa, algo que se confunde y se identifica en cuanto es posible sostener tal confusión.

Pero hemos de huir de toda exageración en la materia, sin pretender nunca extremar sus consecuencias. Se afirma con cierta insistencia por autores españoles y extranjeros, que en la sociedad de gananciales, mientras subsiste, no hay verdadera comunidad; que la mujer carece en absoluto de derechos en ese período y sólo puede pedir su mitad de gananciales, si los hay, después de disuelto el matrimonio, y que el marido es administrador y señor absoluto y dueño único de cuanto en la sociedad existe.

Ninguna de estas afirmaciones es por completo cierta en nuestro derecho ni en las legislaciones que hemos examinado.

En primer lugar, existe durante el matrimonio completa comunidad en el disfrute de los bienes; no es sólo el marido el usufructuario: lo es también la mujer, lo es realmente la sociedad.

En segundo lugar, la mujer durante el matrimonio, aparte su intervención real y efectiva, aunque no jurídica, en todos los asuntos de la comunidad, aconsejando, impulsando ó conteniendo, ayudando, en suma, en cuanto á la sociedad interesa, tiene la facultad de obligarla, aun en casos normales, por los gastos diarios usuales de la familia, y puede pedir la declaración de prodigalidad de su esposo, haciendo que se le separe en ese y otros casos de la administración; tiene la facultad de intervenir en las donaciones que excedan los límites fijados al marido para que pueda hacerlas, participando así de la disposición de los bienes comunes, y siempre le corresponde el derecho de dejar sin efecto los actos realizados en su fraude ó perjuicio por el marido, cuando ese perjuicio exista en realidad por no poder reintegrarse con los bienes del esposo. La sociedad de gananciales queda además en cierto modo independiente de la personalidad de los socios, y así éstos deben ser indemnizados por aquélla ó han de indemnizarla, según proceda, mostrando todo ello derechos de la mujer durante el matrimonio ó después, siempre distintos al que le compete á la disolución del matrimonio, sobre su mitad de gananciales, y siempre nacidos de su carácter de asociada y de su participación en los asuntos de la sociedad.

Por último, no es dueño y señor único y absoluto de los bienes gananciales, durante el matrimonio, aquel á quien sólo se le permite enajenarlos ú obligarlos á título oneroso, y esto por la consideración de no poder sufrir perjuicio la sociedad, por haber ingresado en ella, ó deber ingresarse un equivalente. Ese señor absoluto no puede disponer, por regla general, de los bienes, ni obligarlos á título lucrativo; no puede atender con los gananciales al pago de sus deudas privativas anteriores al matrimonio, ó de las multas ó condenas pecuniarias que se le impongan; queda en cambio obligado al pago de todos los gastos hechos por la mujer para las diarias y usuales atenciones de la familia, y está siempre sujeto á indemnizar á su esposa ó á la sociedad cuantos perjuicios les ocasione, cuando abusando de la confianza que en él deposita la ley, aprovecha en su propio interés ó en interés de un tercero los medios y elementos que se le confían.

Examinemos detalladamente las *facultades del marido*.

I. *Administración*.—En la sociedad de gananciales entran, como sabemos, bienes privativos de cada cónyuge y bienes comunes. El Código, en el art. 1412, reproduce en realidad el precepto del 59. En la sociedad de ganaciales, como en la sociedad conyugal en general, sea el que fuere el sistema adoptado, el marido es por designación legal el administrador. En los casos normales administra sus bienes propios, los de su mujer y los comunes. A éstos solamente alude el art. 1412.

Admítense, sin embargo, dos excepciones: una especial, limitada á los bienes parafernales, de la que nos hemos ocupado en el art. 1384; otra más extensa, más general, aunque tampoco absoluta, nacida de lo libremente estipulado en las capitulaciones matrimoniales, estudiada con amplitud er el comentario de los arts. 1316 y 1317.

Nada hemos de decir aquí de esas excepciones, ni de lo relativo á la administración de los bienes de la mujer por ella misma ó por su marido, punto tratado en sus oportunos lugares (arts. 1384 y 1357).

Según los expresivos términos del código de Chile, el marido

es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer, sujeto empero á las obligaciones y limitaciones que la ley le impone, y á las que haya aceptado por las capitulaciones matrimoniales.

Atendiendo sólo á la facultad de administrar, los derechos del marido serían idénticos á los de cualquier otro administrador, debiendo referirnos al comentario de los arts. 59 y 1357.

Hasta la edad de diez y ocho años, el marido no puede administrar los bienes gananciales, ni comparecer sobre ellos en juicio como demandante ni como demandado, á no mediar el consentimiento de su padre, madre ó tutor, como expresa el referido artículo 59. A esta limitación se refiere la última parte del artículo 1412.

II. *Enajenaciones y obligaciones á título oneroso.*—Durante el matrimonio y en casos normales el marido es el único autorizado por la ley para disponer á título oneroso de los bienes gananciales. Muebles ó inmuebles, frutos ó derechos, todo lo que merezca el concepto de ganancial con arreglo á los arts. 1401 al 1407, sólo al marido corresponde su enajenación. De aquí la constante jurisprudencia de la Dirección de los Registros, afirmativa de que no constando la procedencia del dinero, y debiendo por ello considerarse gananciales las fincas inscritas á nombre de la mujer, no es válida su venta sino cuando aparece otorgada por el marido ó con su expreso consentimiento, sin que á ello obste la circunstancia de que el mismo marido implícitamente reconociera el dominio en favor de su mujer, al expresar en la escritura de compra que el dinero procedía del patrimonio privativo de la esposa, porque tal manifestación no quita legalmente á los bienes la cualidad de gananciales.

Del mismo modo, el marido es el único autorizado para gravar los expresados bienes, hipotecarlos, darlos en prenda ó anticresis, constituir sobre ellos derechos de usufructo, uso, habitación, censo ó servidumbre, arrendarlos por más ó menos de seis años, inscribiéndose ó no el título correspondiente, etc. A

él incumbe también la redención de censos, cancelación de hipotecas ó extinción de derechos reales en general.

Si el marido toma á préstamo determinada cantidad, adeuda el precio aplazado de una finca, queda responsable al saneamiento por evicción, transige ó compromete en juicio de árbitros ó amigables componedores bienes ó intereses comunes, etc., obliga con sus actos á la sociedad de gananciales. En cuanto pueda tener carácter oneroso, en cuanto no signifique un desprendimiento gratuito de derechos de la sociedad, ó algo clara y conocidamente privativo suyo, como las deudas anteriores al matrimonio ó las multas y condenas pecuniarias que se le impongan, «el marido es respecto de terceros, como dice en términos absolutos el código de Chile, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido pueden perseguir tanto los bienes de él como los bienes sociales, sin perjuicio de los abonos y compensaciones que á consecuencia de ello deba el marido á la sociedad ó la sociedad al marido». Lo mismo repite el art. 1936 del código de Uruguay. En nuestro derecho, y como atenuación de regla tan absoluta, no deben olvidarse los preceptos de los arts. 1410 y 1415, y el especial en cuanto á frutos de los bienes parafernales del 1386.

Cuando el marido sea menor de edad, ha de tenerse presente lo dispuesto en el art. 59.

Después de facultar el art. 1413 al marido para enajenar y obligar á título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento de la mujer, añade en su segundo párrafo: «Sin embargo, toda enajenación ó convenio que sobre dichos bienes haga el marido en contravención á este Código, ó en fraude de la mujer, no perjudicará á ésta ni á sus herederos.»

Sin salir de los límites del artículo 1413, debemos dar por sentado que la limitación se refiere como la regla limitada: 1.º A los bienes de la sociedad de gananciales, ó sea exclusivamente á los que merecen el concepto de *gananciales* ó comunes, y no á otros administrados por el marido, pero pertenecientes á la mu-

jer. 2.º A las enajenaciones ú obligaciones á título *oneroso* realizadas por el jefe de la sociedad.

En los actos á título oneroso nada coarta la libertad del marido. Puede disponer en absoluto y obrar con las más amplias facultades. Si sus proyectos resultan equivocados, si su gestión es desgraciada, si los resultados son perjudiciales, no se presume nunca en el marido la culpa: él mismo se engaña y se perjudica, suponiéndose que siempre le guió la mejor intención y el interés por la comunidad.

Si á pesar de no constituir sus deudas anteriores al matrimonio, sus responsabilidades ó sus obligaciones privativas, carga de la sociedad, pagó ó cumplió con bienes gananciales, debe recompensa á la sociedad, pero nada más. Esto ocurre cuando recibe una herencia y paga con bienes comunes las deudas hereditarias, cuando con estos bienes cumple las cargas de una donación onerosa, ó abona excesos de valor en la permuta, ó retrae en virtud de un derecho privativo suyo, ó hace en sus bienes propios reparaciones mayores, pide prestado para dichos fines, para cumplir una condena pecuniaria, etc. Nada de esto importa á los terceros que contratan con el marido: la sociedad queda siempre obligada cuando el marido pide un préstamo, cuando vende, cuando compra, cuando se obliga en cualquier forma á título oneroso, porque para ellos marido y sociedad son una sola y misma cosa, y tan confundidas están sus personalidades como sus bienes.

Pero ante la mujer es distinto: la sociedad y el marido son dos entidades diferentes, con su capital propio y especial y sus deudas privativas, y así todo beneficio que el marido obtenga á costa de la sociedad, es un perjuicio para la mujer, que queda indemnizado mediante el abono ó compensación procedente hecho á dicha sociedad por el marido, sin que esto constituya un privilegio ó derecho peculiar de la mujer, pues es propio de ambos cónyuges, ya que en las relaciones entre ellos, los derechos de la sociedad son distintos á los de cada uno de los asociados.

En todos los casos citados, el marido usa de sus derechos, no

abusa: clara y lealmente toma del fondo común para cubrir sus atenciones, como puede tomar para atender á obligacisnes peculiares de su esposa, siempre á condición de reintegro, y como en otras ocasiones, tendrá á la inversa que destinar sus propios bienes para el cumplimiento de cargas propias de la sociedad.

Pero al lado del uso cabe el abuso; de un modo encubierto y cauteloso, no franca y lealmente, puede el marido en casos que deben mirarse como excepcionales, emplear el poder que la ley le confiere, en perjuicio de su esposa, enajenar bienes ú obligarse con ánimo de damnificar á la mujer, como decían las leyes antiguas, con fraude, como dice el Código, obteniendo, valiéndose del engaño, un beneficio propio ó concediéndolo á terceras personas, siempre en daño de la mujer. La ley tenía que prever este caso y declara que los actos del marido realizados en esas condiciones ó en contravención al Código, no pueden nunca perjudicar á la mujer. Como dice Fiore, «esto prueba que el derecho de la mujer sobre los bienes gananciales, aunque reducido á la inacción mientras el marido administra sabiamente los intereses de la comunidad, se revela con energía cuando dicho marido compromete los expresados intereses.»

¿Qué quiere decir la ley con las palabras «no pueden perjudicar á la mujer»? ¿En qué época puede reclamar contra las enajenaciones ú obligaciones hechas en su fraude ó en contravención al Código?

La ley requiere indudablemente dos condiciones. La primera es la existencia de un perjuicio para la mujer, pues sin él no se concibe interés alguno por su parte. La segunda es la intención dañada, el ánimo de perjudicar, la mala fe por parte del marido, el abuso consciente de su poder para causar el daño, sea quien fuere el beneficiado, ó la contravención al Código, la ilegalidad del acto en sí mismo, fuese ó no intencional. Prescindiendo ahora de este último punto de vista, que más bien se refiere á actos ostensiblemente ilegales, se trata en los demás de los que al parecer son legales, pero envuelven ú ocultan un fraude, y en ellos, tanto el perjuicio como la intención dañada, son cues-

tiones de puro hecho que deben en cada caso apreciarse por los tribunales.

«Se quiere, dice Fiore, ofrecer á la mujer el modo de impedir que el marido, con el pretexto de ser el jefe de la sociedad, se enriquezca á sí mismo ó á sus herederos, ó aun á personas extrañas, en perjuicio de la sociedad. No negamos, añade, la grave dificultad de descubrir el fraude en actos que la ley permite al marido, y que éste puede torcer á su voluntad en perjuicio de la mujer; mas precisamente por eso, los tribunales deberán examinar las circunstancias, armándose de una vigilancia investigadora y severa para sorprender las maquinaciones de un marido desleal. El campo de los indicios queda abierto y en él se debe penetrar con firmeza y rigor, aunque con prudencia y sin pasión.»

Mas ¿cuándo existirá realmente perjuicio para la mujer en sus intereses? Sólo en el caso de no poder obtener la debida indemnización con los bienes gananciales ó con los propios del marido, porque siendo indemnizada, el daño recaerá exclusivamente en quien lo hizo, y no hay necesidad de dejar sin efecto el acto ilegal ó fraudulento. De aquí la opinión casi unánime, de que durante el matrimonio no puede la mujer reclamar contra las enajenaciones ú obligaciones de su marido, debiendo esperar á la época de la liquidación de la sociedad, y ejercitar la acción sólo en el caso de no poder obtener indemnización con los bienes correspondientes á su esposo por sus gananciales ó su capital, y resultar, en su consecuencia, la existencia de un perjuicio que sólo puede repararse anulando ó dejando sin efecto la enajenación ú obligación.

El marido, por ejemplo, se desprende de fincas gananciales, apreciadas en 100.000 pesetas, vendiéndolas á sus presuntos herederos por la mitad de su valor, ó simula una adjudicación en pago de deudas que realmente no existen. Si se aprecia la existencia del fraude y del perjuicio, ó la contravención á los preceptos del Código, la mujer habrá sido perjudicada en la mitad de la diferencia del precio ó en la mitad del valor de los

bienes cedidos. Ahora bien: la ley no quiere, con razón y justicia, que la mujer sufra tal perjuicio; pero si ha de esperar á la disolución del matrimonio, y después ha de seguir, tal vez, un litigio con el adquirente de los bienes, corriendo á su cargo la prueba, ¿no queda expuesta á que el perjuicio, quizás fácil de reparar en un principio, se convierta en irreparable, dándole, en suma, un derecho nominal que debe ocasionarle mayores daños que beneficios?

Fuerza es confesar que los términos de la ley son muy vagos é incompletos, sin que por ello pueda culparse sólo á nuestro Código, pues iguales palabras se emplean en todos los que, por el mismo sistema, tratan de poner á salvo los intereses de la mujer. Los derechos de ésta no pueden perjudicarse, en caso de ilegalidad ó fraude, por el marido; pero ¿qué medios, qué acciones, qué derechos competen á la mujer para que sea una verdad lo que la ley establece? ¿Los actos del marido son nulos, anulables ó rescindibles? ¿Ha de conformarse la mujer con ser indemnizada por el marido, si esto es posible, ó puede ejercitar acción contra terceros? ¿Puede pedir el remedio inmediato ó ha de esperar y sufrir pacientemente el perjuicio y el engaño hasta su muerte ó la de su marido ú otra terminación de la sociedad conyugal? Si el despojo ocasionado á la mujer por el marido con motivo de actos con causa ilícita, ó donaciones encubiertas bajo la forma de un contrato oneroso, que han de ser las fuentes más importantes del fraude ó la contravención legal, es evidente, y no existen otros bienes gananciales ni propios del marido, ó no son suficientes para la indemnización del perjuicio, ¿habrá inconveniente en que la mujer, aun durante el matrimonio, ejercite la acción que proceda?

La ley se contenta con decir por toda contestación: «la mujer no sufrirá perjuicio». Entablando desde luego la acción, el perjuicio se evitaría fácilmente; pero si se trata de una acción ó recurso extraordinario, ¿habrá en su día ganancias? Si las hay ó tiene ó adquiere el marido bienes propios suficientes para indemnizar, ¿no se habrá dejado sin efecto un acto realizado por

el marido, aparentemente al menos, dentro de sus facultades, sin necesidad alguna, ó sin esperar á saber si había ó no otro recurso menos violento? En cambio, si disuelto el matrimonio, no obtiene reintegro la mujer en el haber del marido, y los bienes enajenados están legalmente en poder de terceras personas que los adquirieron de buena fe, ¿no sufrirá el perjuicio á pesar de la prescripción legal, limitada, en tal caso, á un buen deseo, sin posibilidad práctica de realización?

En la necesidad de exponer un criterio racional, interpretando la ley del modo más conforme á sus palabras y á otros preceptos que aclaran el pensamiento del legislador, nuestra opinión es la siguiente:

En primer lugar, es necesario que el acto realizado por el marido cause perjuicio á la sociedad conyugal, y, por tanto, á la mujer interesada en ella. Si el marido quiere dañar, pero no daña, el acto se sostiene, porque la mujer no tiene razón ni interés alguno para oponerse.

Pero el perjuicio en sí mismo ó por sí solo tampoco es suficiente: es preciso que además se reuna una ú otra de las circunstancias siguientes: el *fraude*, la intención de ocasionar el daño; ó la *ilegalidad*, la contravención á los preceptos del Código. Si, pues, el marido, engañado sobre el verdadero valor de una cosa, ó sobre las circunstancias de una operación, vende por menos precio que el justo, ó realiza una empresa desgraciada, la mujer sufrirá perjuicio, pero no media ilegalidad ni fraude; no puede quejarse ni pretender indemnización.

Según el art. 1419, en el inventario que debe formarse después de disuelta la sociedad de gananciales para su liquidación, debe comprenderse *numéricamente para colacionarlo*, «el importe de las enajenaciones que deban considerarse ilegales ó fraudulentas con sujeción al art. 1413». El art. 1419 completa la idea del legislador, pues el importe de tales enajenaciones comprendido en el inventario de los bienes de la sociedad, representa un crédito de ésta contra el marido que ha de descontársele en su haber, naturalmente después de disuelto el matrimonio ó la

sociedad, en el período de la liquidación, por lo que es evidente que la ley no concede derecho á la mujer para oponerse á los actos ejecutados por su marido en el uso de las facultades que la misma ley le concede, sino cuando de la liquidación de la sociedad de gananciales resulte que aquélla ha sido perjudicada.

En armonía con dicha disposición, al tratar el Código de la restitución de la dote, expresa en el número 2.° del art. 1373, que en igual forma que la dote, se pagarán á la mujer ó á sus herederos las indemnizaciones que el marido deba á la mujer con arreglo al Código. No hay dificnltad, en vista del art. 1428, en considerar aplicable ese precepto á la indemnización debida por el marido en el caso que nos ocupa.

Del análisis y combinación de todas las disposiciones citadas, y de las demás que con ellas se relacionan, resulta que la mujer no puede hacer que queden sin efecto durante el matrimonio los actos ilegales ó fraudulentos realizados por su marido, sino cuando se disuelva y liquide la sociedad. Entonces es cuando el marido debe aportar á ella numéricamente el valor de las enajenaciones que hubiese hecho ilegalmente ó en fraude de la mujer. Estos valores se suman con los que resultan como gananciales al disolverse la sociedad, y la suma total se distribuirá por mitad entre el marido y la mujer ó sus herederos respectivos, adjudicándose en pago al marido lo aportado ó colacionado por el mismo. Si resultan bienes bastantes para pagar á la mujer sus aportaciones matrimoniales y su mitad de gananciales, no hay razón para dejar sin efecto las enajenaciones hechas por el marido, ni tiene la mujer derecho para pedir la nulidad de tales actos, puesto que no le perjudican.

Si, por el contrario, la mujer no puede ser indemnizada en esa forma y sufre perjuicio, se impone la necesidad de anular el acto ilegal ó fraudulento. No existe en este caso obstáculo legal que impida á la mujer el ejercicio de la acción de nulidad, porque ésta corresponde á los obligados principal ó subsidiariamente por el acto ó contrato, y obligada queda la mujer por los actos del marido como partícipe en los bienes gananciales. Para

el ejercicio de la acción deben concederse á la mujer cuatro años, á contar desde la disolución del matrimonio, ó desde la terminación por otra causa de la sociedad de gananciales.

Ahora bien; todo lo expuesto, á pesar de ser fiel expresión del pensamiento del legislador, no es bastante para que éste se cumpla: se necesita algo más si ese pensamiento no ha de ser una aspiración vana, un buen deseo muchas veces irrealizable. La ley ordena que no sufra perjuicio la mujer, y no debe sufrirlo, haya ó no gananciales, tenga ó no capital el marido, pasen ó no los bienes enajenados á poder de terceras personas. Pero, si el matrimonio dura treinta ó cuarenta años, y la mujer nada puede hacer ni intentar mientras aquel dure, los medios de prueba podrán desaparecer, los elementos de defensa se destruyen, los bienes circulan entretanto, y el perjuicio y el despojo se consuman. Como esto no es lo que quiere la ley, ni es conforme á la justicia, evidentemente falta algo por hacer, y ese algo debe ser el derecho de la mujer durante el matrimonio para poner de relieve el acto ilegal ó fraudulento llevado á cabo por su marido, á fin de hacer constar su existencia y prevenir todo perjuicio en lo futuro. El acto así no queda sin efecto durante la unión, porque ya hemos visto que el legislador no consiente ese recurso extremo sino cuando no haya otro medio de reparar el daño; pero queda, digámoslo así, denunciado y hecho patente para el porvenir.

Que así debe ser, lo comprueba no sólo la circunstancia expuesta de ordenar el art. 1413 que no han de sufrir perjuicio en ningún caso la mujer ni sus herederos, sino el mismo precepto del art. 1419, que al disponer que en el inventario se comprenda numéricamente el importe de las enajenaciones fraudulentas ó ilegales, supone de un modo evidente que se sabe que hay ó han mediado enajenaciones de esa clase, y cuál es su cuantía, su número é importancia. ¿Puede ser bastante que la mujer ó sus herederos, después de disuelta la unión, pidan la inclusión en el inventario de tales y cuales cantidades, dando por sentado el hecho del fraude ó la ilegalidad, en actos realizados por el ma-

rido dentro del círculo de sus facultades, y válidos por tanto, al menos aparentemente? ¿Habrá de seguirse entonces un juicio especial para que se declare el fraude, deteniendo y dilatando la práctica de la liquidación de la sociedad hasta que eso se resuelva? No: la ley supone que consta ya de un modo cierto y claro la existencia de las enajenaciones ilegales ó fraudulentas, y que su importe se consigna lisa y llanamente sin trámites previos, como cualquier otro bien ú objeto de los que deben figurar en el inventario.

Todo está, pues, indicando, con la evidencia con que se hace ostensible cuanto es necesario y razonable y justo, que si la mujer durante el matrimonio no puede hacer anular ó dejar sin efecto las enajenaciones expresadas, puede y debe en cambio hacer constar su existencia para los efectos que en su día fueren procedentes. La mujer puede entablar juicio ordinario contra el marido y los adquirentes de los bienes, para que se declare que las enajenaciones han sido hechas por el marido en contravención al Código ó en fraude de la mujer, reservándose á ésta y á sus herederos el derecho para reclamar la nulidad de esos actos cuando llegue el caso de liquidar la sociedad de gananciales, y resulte que no quedan bienes para indemnizar á la mujer, y pidiendo la adopción de las medidas más convenientes para asegurar la efectividad de su derecho en su día, entre cuyas medidas, cuando se trate de bienes inmuebles ó derechos reales, no debe olvidarse la anotación preventiva correspondiente en el Registro de la propiedad. Esta es nuestra opinión.

III. *Donaciones entre vivos.*—La sociedad de gananciales no puede obtener beneficio ni equivalente alguno en las disposiciones entre vivos á título lucrativo. Hay en tales actos una pérdida segura de bienes ó derechos, que forzosamente disminuye las ganancias y contraría los fines de la sociedad. De aquí que, en general, se prohiba al marido hacer donaciones de bienes gananciales: no cabe presumir que se realicen, como los actos á título oneroso, en interés de la comunidad.

Ha de entenderse que se prohiben de igual modo que las do-

naciones, las condonaciones, y toda disposición á título lucrativo por actos entre vivos. El pago de deudas de un tercero sin equivalente alguno, obligarse por él gratuitamente, perdonarle todo ó parte de sus adeudos, prestar para que se devuelva lo prestado cuando se pueda y si se puede, etc., son actos á título gratuito que nunca puede presumirse que beneficien á la sociedad. Las donaciones directas ó indirectas de bienes gananciales quedan desde luego prohibidas, aunque se disfracen bajo la forma de un contrato oneroso.

Excepciones únicas de esta regla:

1.ª *Las donaciones hechas ó prometidas á los hijos comunes, exclusivamente para darles colocación ó carrera.*—Aquí, obre sólo el marido ó de acuerdo con su mujer, se trata de cumplir una carga que la ley impone á la sociedad de gananciales en el art. 1409, y domina más el carácter de obligaciones que el de donación.

En esta facultad, la ley no impone más que las dos limitaciones expresadas: una referente á las personas de los donatarios, otra al objeto de la donación. ¿Puede el marido donar ó prometer todos los bienes gananciales para la colocación de un hijo? Desde luego existen las limitaciones que, con relación á las donaciones en general, establecen los arts. 634 y 656; mas no disponiendo el donante de sus bienes privativos, sino de los gananciales, á no existir otras limitaciones, pudiera resultar de hecho que la mujer quedase privada de toda participación en ellos, sin recurso alguno, porque todos los beneficios otorgados á los herederos forzosos son extraños á la cuestión, y la condición de haber de reservarse lo necesario para vivir en un estado correspondiente á las circunstancias del donante, aunque haya de referirse á ambos esposos, no es bastante garantía, ni impedirá la pérdida tal vez de cuantiosas ganancias.

No puede perderse, sin embargo, de vista en esta cuestión, que la ley no permite al marido donar ni prometer, ni aun á sus hijos comunes, sino sólo para su carrera ó colocación; prohibición inútil, si con tal pretexto pudieran donarse más bienes gananciales de los necesarios según los casos. Los gastos para la

carrera de un hijo son limitados, pueden fácilmente conocerse, y lo mismo puede decirse en cuanto á su colocación. El precepto lleva, pues, en su mismo objeto la limitación racional de su cuantía, sin que sea por otra parte verosímil que tales donaciones se realicen sin el acuerdo unánime de ambos cónyuges. Si á pesar de todo, lo donado ó prometido solamente por el marido fuese excesivo, el exceso constituirá una extralimitación, cuyos efectos no pueden perjudicar á la mujer, como no pueden perjudicarla las donaciones prohibidas al esposo por regla general.

2.ª *Las donaciones moderadas para objetos de piedad ó beneficencia.*—La ley exige ambas circunstancias y no una sola de ellas. Ya explicamos en el art. 1334 lo que debe entenderse por donaciones *moderadas*. Como además han de tener un fin piadoso ó benéfico, parece que se limita mucho la esfera de acción del precepto.

Desde luego una ofrenda á la Vírgen, limosnas en beneficio de pobres ó de asilos, ó en favor de sociedades ó instituciones de beneficencia, auxilios ó socorros á enfermos, niños abandonados, ancianos desvalidos, dementes, etc., constituyen actos permitidos al marido que obligan á la sociedad. Según Goyena, en las palabras *piedad* ó *beneficencia*, se comprenden también las remuneraciones por favores ó servicios. Aun tratándose de donaciones verdaderas, por no ser jurídicamente exigible la remuneración, no tenemos inconveniente en admitir esa extensión, porque en el espíritu del precepto la estimamos desde luego incluida, y porque el favor ó el servicio prestado son en cierto modo un equivalente, que muchas veces evita otros gastos á la sociedad de gananciales.

Aunque el artículo 1415 está redactado en términos permisivos con relación á las excepciones que se admiten, no cabe duda de que realmente se prohibe al marido cuanto no se le permite, siendo por otra parte la prohibición completamente lógica y natural. El poder del marido sobre los bienes gananciales no puede ser tan absoluto que se le consienta regalarlos á terceras personas, con daño evidente de la mujer y de la sociedad.

Aun en el escaso grupo de donaciones permitidas, la ley prohibe al marido que se reserve el usufructo. Esta disposición se halla tomada del código francés, y dígase lo que se quiera, es muy singular. Laurent y Goyena dan igual explicación del precepto. «De este modo el marido será más parco y circunspecto en donar, porque se perjudicará á sí mismo, lo que no sucedería reservándose el usufructo.»

Esa razón dista mucho de convencer á nadie. Como se trata de bienes gananciales ó comunes, la reserva de usufructo beneficía en realidad á ambos cónyuges; el desprendimiento de todos los derechos perjudica á su vez á ambos. No comprendemos que pueda ser más perjudicial para la mujer que el marido reserve, no para él, después de todo, sino para la sociedad que representa algún derecho útil, que el que no se reserve ninguno. Afortunadamente, la cuestión es de escasa importancia, porque las donaciones moderadas para objetos de piedad ó beneficencia, con reserva de usufructo, han de ser tan rarísimas, que casi no tienen realidad práctica.

Otros códigos, como el de Italia, niegan en absoluto al marido la facultad de donar los bienes gananciales.

El art. 1415 del español que estamos examinando, permite al marido determinadas donaciones, prohibiendo implícitamente todas las demás, pero sin expresar los efectos de las prohibidas, caso de llevarse á efecto por el marido á pesar de la prohibición.

Ahora bien: la primera cuestión que se nos presenta es la siguiente: el segundo párrafo del art. 1413, ¿se refiere solamente á los actos á título oneroso verificados por el marido, ó también á las donaciones ó actos en general á título lucrativo?

En el código de Uruguay tal duda no es posible, porque su art. 1935, que equivale al segundo párrafo de nuestro art. 1413, está colocado después de todos los que se ocupan de las facultades del marido en cuanto á bienes gananciales (disposiciones á título oneroso, por testamento y por donación). Lo mismo ocurre en el código de Méjico, aunque el alcance de su precepto es

mayor, por no permitirse en general al marido disponer de los bienes gananciales sin el consentimiento de su mujer.

La circunstancia de hablarse en el art. 1413, no sólo de fraude, sino también de toda contravención del marido á lo dispuesto en el Código, parece indicar que el legislador quiso comprender también las donaciones hechas contra la prohibición legal, y así lo entendía también Goyena al decir: «*En contravención á las leyes*, por ejemplo, donando inmoderadamente ó contra los otros requisitos establecidos para las donaciones.»

Sin embargo, el proyecto de Código de 1851, al que Goyena se refiere, seguía la misma marcha que el código de Uruguay, que copió á aquél: primero las facultades del marido en general, después su limitación, su contrapeso también general en interés de la mujer. En tales circunstanciss la duda era imposible; pero cuando nuestro Código, que ha copiado tanto del proyecto de 1851, y aun más en lo que á la sociedad de gananciales se refiere, al llegar á este punto se separa de lo prevenido en esa especie de modelo y lleva al segundo párrafo del art. 1413, y como una limitación racional sólo de él, lo que antes aparecía como una salvaguardia general de la mujer contra todo acto á título oneroso ó lucrativo excedente de las facultades concedidas al marido, ¿no indica claramente que ha querido cambiar en parte la doctrina y ha creído procedente mantener una distinción, por otra parte justa y racional, entre los actos nulos y los actos anulables?

Si sólo hubiéramos de juzgar por los artículos 1413 y 1415 que examinamos, esta conclusión sería evidente, porque parece corroborada por los mismos textos legales y por los principios, como haremos notar, á pesar de no ser esa la solución que en nuestra opinión debe prevalecer, para que se vea que nos hacemos cargo de los argumentos que en contrario pueden oponerse.

El segundo párrafo del art. 1413, y las palabras *enajenación* ó *convenio* que comprende, están en relación directa con el párrafo 1.º del mismo, y no cabe establecer igual relación con el

art. 1415, que aparece después y sin referencia alguna á aquél.

Por otra parte, los principios abonan igual solución. El marido puede enajenar y obligar á título oneroso los bienes gananciales: luego todo acto de enajenación ú obligación que tenga ese carácter, es en principio válido; sólo si se prueba que el marido abusó de su poder y perjudicó á su mujer, con fraude ó ilegalmente, puede quedar sin efecto, y esto con la condición indispensable propia de tan extraordinario remedio en actos aparentemente válidos, ó sea no habiendo otro recurso. Pero el marido no puede donar sino dentro de los límites marcados en el art. 1415; luego si dona fuera de tales límites, el acto es clara y ostensiblemente nulo, no debe prosperar ni producir ningún efecto, lo donado debe volver al fondo social como si nunca hubiera salido de él.

Las palabras «en contravención á este Código», no se oponen á esta solución, porque aun comprendiendo en ellas lo donado contra la prohibición legal, sólo se deduciría que tales donaciones no podían perjudicar á la mujer ni á sus herederos, lo cual es evidente; mas nunca que dejasen de ser nulas para convertirse en anulables. Los efectos de la prohibición embebida en el art. 1415 serían los expresados en el 1413, y además los derivados de su inexistencia ó nulidad.

¿Puede la mujer como copropietaria hacer anular las donaciones aun durante el matrimonio? Esta es, en suma, la cuestión, reducida á determinar si la distinta naturaleza entre los actos á título oneroso y los actos á título lucrativo, y sus especiales y diversas circunstancias, pueden motivar una solución diferente en cuanto á la época en que la mujer ha de reclamar y obtener la nulidad del acto: cuestión que no deja de ser interesantísima.

El Código, á pesar de la variación que ha introducido en el proyecto de 1851, poniendo como segundo párrafo del art. 1413, ó como limitación de las enajenaciones ú obligaciones á título oneroso, lo que era una limitación general de todos los actos del marido, muestra, sin embargo, que no ha variado de criterio, y

que para él las donaciones deben en todo equipararse á cualquier otro acto ilegal ó fraudulento de carácter oneroso, al decir en el art. 1419: «También se traerá á colación (en el inventario de la sociedad) el importe de las *donaciones* y enajenaciones que deban considerarse ilegales ó fraudulentas, con sujeción al artículo 1413.» (Debió también citarse el art. 1415, que es el que habla de donaciones.)

Podrá creerse que en el art. 1419 se copió del proyecto de 1851 sin tener en cuenta la alteración anterior, ó que la ley se refiere al caso de que no se haya reclamado antes contra la donación ó no se haya aún obtenido su nulidad, porque no cabe duda que repugna pasar como buena la idea de que la misma ley que en interés de la mujer prohibe al marido donar, niegue á la mujer el derecho de hacer anular oportunamente el acto, y mantenga la eficacia de la donación que, dados los términos del art. 1415, debía considerarse, más que nula, inexistente, resultando, en realidad, que el legislador considera como válido de hecho lo que prohibe como nulo de derecho ó consiente al marido que burle impunemente sus preceptos.

Toda argumentación resulta, sin embargo, inútil ante lo dispuesto en el art. 1419. Las enajenaciones á título oneroso y las donaciones están colocadas en un mismo nivel por el legislador. Siguiendo la doctrina francesa, parece que la mujer ha de asistir pacientemente al espectáculo de las dilapidaciones de su marido, de sus actos ilegales ó fraudulentos, esperando que llegue el día de la muerte de alguno de los esposos para poder conseguir del fondo social una indemnización del perjuicio, ó entablar en otro caso cuestiones ó litigios, tanto más difíciles y de dudoso resultado, cuanto más tiempo haya transcurrido desde el fraude ó la transgresión legal.

La ley sostiene, pues, las donaciones ilegales, mientras pueden imputarse al haber que en su día puede corresponder al marido; no quiere perjudicar los derechos de los terceros adquirentes, aun siéndolo á título lucrativo, mientras no se imponga como necesario tan extremo recurso.

Aquí aparece aún más de relieve la necesidad de conceder á la mujer, durante el matrimonio, el derecho, no de dejar sin efecto la donación, cosa que la ley no consiente, pero sí de hacer constar el hecho y prevenir sus perjudiciales efectos, como hemos expuesto en el comentario del párrafo segundo del art. 1413. De este modo, sin necesidad aquí de más pruebas que el hecho mismo de la donación, que en sí lleva el sello de su ilegalidad, los tribunales podrán dictar las medidas necesarias para que no pueda en su día ocasionarse perjuicio alguno á la mujer, y para que un tercero no pueda ampararse en su buena fe ni en el título de su adquisición. Que es conforme ó no contraria á la ley esta solución, quedó demostrado al comentar el art. 1413 en relación con el 1419. Sólo así no serán posibles las deducciones desconsoladoras antes expuestas, derivadas del derecho francés y de la doctrina de sus comentaristas, y no podrá decirse con razón que la ley se mece en la esperanza de que siempre habrá ganancias, ó por lo menos tendrá el marido capital propio suficiente para la debida indemnización, y que contenta á la mujer con su solemne afirmación de que no sufrirá perjuicio, y con el tardío y tal vez inútil remedio de la colación.

Además, tratándose de donaciones leales ó encubiertas, la mujer tiene otro recurso, triste y duro, pero necesario. La importancia y consecuencias del acto y su innecesidad ó repetición, denuncian la prodigalidad, la ineptitud para administrar los intereses propios y más aún los comunes. Puede la mujer pedir que se declare á su marido pródigo y se le transfiera la administración de su dote con arreglo al art. 1365, nombrándose para lo demás un tutor.

En resumen: el marido sólo puede donar los bienes gananciales dentro de los límites marcados en el art. 1415. Sin embargo, sólo la mujer ó sus herederos pueden reclamar contra la validez de la donación, pues sólo en su interés se establece la prohibición. La mujer ó sus herederos, para poder dejar sin efecto el acto, han de sufrir verdadero perjuicio, entendiéndose que no le hay hasta tanto que, terminada por cualquier causa

la sociedad de gananciales, y hecha su liquidación, no pueda imputarse lo donado al haber por cualquier concepto del marido, ni obtener en su consecuencia la mujer la debida indemnización. La donación reviste, por lo tanto, legalmente, una eficacia condicional, y en armonía con este carácter, deben fijarse los efectos de la misma con relación á los adquirentes y á los terceros poseedores, teniendo, en su caso, en cuenta lo dispuesto en la ley Hipotecaria. Para prevenir todo perjuicio, puede la mujer, durante el matrimonio, inmediatamente al acto, hacer constar ante los tribunales su existencia y solicitar medidas de precaución, como ya se ha dicho. Para evitarlo en lo sucesivo, y cuando las circunstancias lo requieran, puede instar la declaración de prodigalidad.

IV. *Donaciones de bienes gananciales hechas de común acuerdo por ambos cónyuges.*—El marido está autorizado para donar por sí sólo bienes gananciales, en los casos taxativamente marcados en el artículo 1415. Fuera de esos casos el marido no puede donar, y menos aún la mujer por sí sola. ¿Podrán hacerlo ambos cónyuges de mutuo acuerdo?

La jurisprudencia francesa ha resuelto la cuestión afirmativamente en varias decisiones, á pesar de que el código francés relega de un modo más claro todos los derechos de la mujer en la comunidad á la época de su disolución.

Laurent, sin embargo, considera antijurídicas tales decisiones. Según él, la mujer, durante el matrimonio, no puede obligar en modo alguno á la sociedad, ni ejercitar ningún acto, ni alegar ningún derecho sobre los bienes comunes, ni oponerse á los actos bien ó mal realizados por el marido, á quien la ley declara único administrador y único señor para todo acto á título oneroso. «Mientras dura la comunidad, dice, la mujer no es copropietaria, ó lo es sólo en teoría, no puede ejercer acto alguno de propiedad. Ahora bien: donar es ejercer un derecho de propietario. ¿Puede donar lo que pertenece al marido? Donar es transmitir la propiedad de un modo *actual* é *irrevocable:* ¿es que puede la mujer transmitir actualmente la propiedad, no siendo

como no es propietaria más que cuando acepta la comunidad? No puede aceptar mientras la comunidad dure, por lo que ni es propietaria ni puede por tanto donar. ¿Y qué decir de la irrevocabilidad de la donación que hiciera la mujer por su parte en la comunidad? La mujer concurre hoy á la donación, mañana la comunidad se disuelve y la mujer renuncia; renunciando, pierde todo derecho en la comunidad, presumiéndose que nunca ha sido asociada ni copropietaria. ¿Que significó, pues, su concurso en la donación? Un acto extemporáneo, ineficaz, porque aun no se sabía si tenía ó no el derecho de concurrir. ¿Se dirá quo su concurso es condicional? Se trataría de una condición potestativa, y con tal condición no se puede donar. La mujer tiene poder absoluto para renunciar. Un derecho que depende de su aceptación ó de su renuncia, depende de su voluntad, lo que es contrario á la esencia de la donación.»

Añade otros argumentos. Aun reconociendo que la prohibición de donar impuesta al marido se halla establecida exclusivamente en interés de la mujer, considera que es una garantía concedida por la ley á una persona incapaz, á la que no puede renunciar, porque inutilizaría el fin que se propuso el legislador. Por otra parte, estima argumentos extraños á la cuestión el de que la mujer durante el matrimonio pueda obligar los bienes de la comunidad con consentimiento de su marido, y el de que al no permitirse las donaciones, ni aun con la intervención de ambos cónyuges, se impone á los bienes una prohibición parcial de enajenar, concluyendo que la ley no preve el caso, pero que debe resolverse en el sentido de negar á la mujer, durante el matrimonio, la facultad de aprobar ni desaprobar las donaciones que hiciere, mal ó bien hechas, su marido.

No podemos asentir á la opinión de Laurent, que impone á la mujer una incapacidad que la ley no declara, y la hace permanecer en la comunidad como un sér extraño á la misma, sin más misión que la de esperar y sufrir. Lo que la jurisprudencia francesa admite en aquella nación, aun es más admisible en nuestro país, cuya doctrina es menos rigurosa.

Los bienes gananciales pertenecen al marido y la mujer durante el matrimonio, y la propiedad de la mujer no es una propiedad nominal ni teórica, sino real y efectiva, y prueba de ello son todas las limitaciones impuestas al marido, pues todas se inspiran en el fin de que no sufran perjuicio los intereses de la mujer, sér que dista mucho de tener una existencia fantástica y condicional en ese periodo. De que el marido solo administre, de que el marido solo enajene y obligue á título oneroso los bienes de la sociedad, porque así conviene, segun el sistema de la ley, á la sociedad misma, no puede deducirse que la mujer durante la comunidad no tenga derecho alguno, ni pueda siquiera aprobar ni desaprobar los actos de su consorte. La mujer diariamente obliga á la sociedad atendiendo á los gastos usuales de la familia; la mujer puede también obligarla con consentimiento de su marido; si, pues, no debe dejar de considerársela como copropietaria de los bienes gananciales, aunque debiendo respetar, mientras sean legales y no fraudulentos, los actos del jefe y administrador, tampoco hay motivo para lanzarle el estigma de incapacidad. La mujer mayor de edad no tiene incapacidad alguna, porque la licencia del marido, como hemos repetido innumerables veces, sólo significa la necesidad de su intervención, como jefe de la familia, en cuantos asuntos interesan á la comunidad.

Además, en nuestro país, la mujer al casarse bajo el régimen de gananciales, lo acepta desde luego, como es lógico y natural; y no se necesita una nueva aceptación cuando la sociedad se extingue. Puede renunciar las ganancias, como puede renunciarlas el marido, sin que tal renuncia equivalga, ni en aquélla ni en éste, á borrar los efectos de la comunidad, ni á desvirtuar los actos que durante ella válidamente se realizaron.

El marido no puede donar por sí solo; ¿por qué?: porque no puede presumirse que lo haga en beneficio ó interés de la sociedad; porque todas las extensas facultades que se le conceden, se acuerdan bajo la base de que el interés del marido y el de la sociedad son idénticos, de que ha de proceder siempre atendien-

do á su beneficio y al de su asociada la mujer, de que en los actos á título oneroso media siempre un equivalente que ingresa ó ha ingresado antes en la comunidad. ¿Es ésta razón para negar á la mujer capacidad y derechos? Como la sociedad está constituída por el marido y por la mujer, cuando la ley prohibe las donaciones, como no beneficiosas á una sociedad, cuyo fin es ganar, atiende indudablemente á beneficiar á la mujer, lo que equivale á establecer la prohibición en su exclusivo interés. El marido puede regalar, si quiere, sus bienes propios; mas no puede regalar lo que no es sólo suyo. ¿De quién es la parte que á él no le pertenece? O no es de nadie, ó corresponde á la mujer.

Puede ser peligroso para la sociedad el permitir las donaciones con el consentimiento de ambos cónyuges; pero si la ley no las prohibe, si sólo prohibe donar al marido por sí solo, con muchísima razón y justicia, ¿en qué texto legal hemos de fundar la prohibición absoluta? Si los dos socios, mayores de edad y partícipes *únicos* de los intereses de la comunidad, puestos de acuerdo, quieren donar á un hijo, á un pariente ó á un extraño, ¿no es un absurdo negar ese derecho pretextando que no les conviene á ellos ni á la comunidad? Nuestras leyes no pretenden sobreponerse á la voluntad de personas capaces, cuando no ofenden ni al orden público ni á la moral.

Todo lo que respecto á bienes gananciales se prohibe al marido por sí solo, puede realizarlo con el concurso de su esposa. Se dirá que si la mujer puede consentir ó aprobar las donaciones durante el matrimonio, debe poder desaprobarlas ú oponerse á ellas. Esto es cierto, y hemos sostenido que corresponden á la mujer ambos derechos. Bastantes se le quitan para que aun se intente mermar los que le restan.

V. *Disposiciones por causa de muerte.*—Según el art. 1414, el marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales.

Este precepto sólo se consigna en evitación de toda duda, aunque lógicamente tal duda no debía existir. Consentidas solamente al marido en otros códigos las enajenaciones á título

oneroso de bienes gananciales, entendióse erróneamente por algunos que no podía disponer en forma alguna á título lucrativo, ni entre vivos, ni por causa de muerte.

La disposición para una época en que ya no ha de existir la sociedad de gananciales, y precisamente de la parte que ha de corresponder después de la liquidación al testador, no podía en modo alguno negarse al marido ni á la mujer. El testador dispone de sus bienes para despues de su muerte, ya por vía de herencia, de legado ó de mejora, y aunque nada exprese sobre el particular, evidentemente forman parte de sus bienes los gananciales, que, como consecuencia de la sociedad, le correspondan.

Pero la palabra *gananciales* es expuesta á confusión, porque durante el matrimonio son gananciales los bienes á que la ley asigna ese carácter en los arts. 1401 á 1407, y después de disuelta la sociedad, es ganancial el sobrante que resulte en la liquidación después de reintegrar por completo á cada socio su capital, y pagar todas las deudas comunes. ¿Se refiere la ley al sentido primero de la palabra ó al segundo, á los bienes gananciales ó á las ganancias resultantes?

Esto hace, no obstante la claridad de la cuestión en sí misma, y presentada con la generalidad antes expuesta que se refiere á las ganancias ó á disposiciones indeterminadas de gananciales, que puedan en la práctica presentarse casos de duda, lo cual ocurre cuando se dejan en virtud de herencia ó legado determinados bienes gananciales.

El padre hace la partición de sus bienes y distribuye entre sus hijos los que tienen el carácter de gananciales, ó lega á su esposa ó á un tercero determinada finca ganancial, que tal vez en sus días resulte ser la única que tenía ese carácter. ¿Es válida esta disposición? La cuestión aquí no tiene importancia, pues esa disposición no ha de llevarse á efecto sino después de la muerte del testador, y con arreglo al párrafo segundo del artículo 1413, no puede perjudicar á la mujer. A la disolución del matrimonio se practica la correspondiente liquidación de la so-

ciedad: liquidación en la que se prescinde del carácter concreto de los bienes, determinando numéricamente á cuánto asciende el capital privativo de cada cónyuge, y si hay ó no ganancias. Puede, pues, sostenerse la partición ó el legado mientras quepa incluir en el lote de bienes del marido por cualquier concepto, los bienes ú objetos determinados que distribuyó ó legó, y quede caudal bastante para completar el capital de la mujer y su participación en las ganancias.

Si así no ocurre, habrán de reducirse los efectos de la disposición, de manera que resulte que el marido sólo pudo efizcazmente dejar ó legar hasta la cantidad á él perteneciente por su capital propio y su mitad de gananciales, atendiendo siempre, más que á los objetos determinados de que se trate, á su valor ó importe, pues el verdadero fin de la ley es que no sufran perjuicio los intereses de la mujer, importándole poco que se le reintegre con bienes de los calificados como gananciales ó con los privativos del marido.

VI. *Facultades de la mujer con relación á los bienes gananciales.* —En la vida normal de la sociedad, la mujer sólo puede obligar la sociedad:

1.º En el caso previsto en el art. 1362.

2.º Con consentimiento de su marido.

3.º Interviniendo en las donaciones de bienes gananciales en unión con su esposo.

Nada debemos añadir con relación á los casos primero y último, que fueron ya objeto de nuestro estudio.

Respecto al segundo, la única dificultad que hay que resolver, es la de si la licencia marital equivale al consentimiento exigido en el art. 1416.

Si el marido se obliga solidariamente con la mujer ó si ésta obra en virtud de poder de su consorte, claro es que quedan obligados los bienes gananciales, sin que propiamente sea la mujer quien los obliga, puesto que, ó interviene directamente el marido, ó se obra en su nombre. Del mismo modo, si la mujer contrata, é interviene el marido consintiendo expresamente en

que queden obligados los bienes de la sociedad, ú obligándose como contratante, no cabe duda alguna sobre la eficacia del acto á los efectos del párrafo primero del art. 1416.

Se dirá que en todos esos casos es el marido quien obliga los bienes de la sociedad. Los términos del artículo son prohibitivos: sin el consentimiento del marido no puede la mujer obligar los expresados bienes, salvo el caso del art. 1362. No es necesario que sea directamente el marido quien contraiga la obligación, pero es indispensable que la consienta, autorizándola antes ó en el mismo acto, ó aprobándola después. Por regla general, ese consentimiento debe ser expreso, pero puede ser tácito. Si la mujer contrata sobre los gananciales en ausencia, por ejemplo, de su marido, y se acepta por terceros tal obligación, ésta es, en principio, ineficaz; pero sólo el marido puede reclamar contra el acto ú oponerse á su cumplimiento, por lo que, si lejos de oponerse ratifica la obligación, ó simplemente la cumple, resultará de hecho que fueron obligados por la mujer los bienes de la sociedad con consentimiento tácito del marido.

Es frecuente que la mujer por sí sola y durante el matrimonio encargue determinados trabajos, ó exija ciertos servicios, compre muebles ú otros objetos, contraiga, en suma, obligaciones indeterminadamente, sin afectar á su cumplimiento sus bienes propios ni los gananciales, y es lo ordinario que el marido se conforme con los actos realizados por su esposa, cumpliéndose la obligación á costa del caudal común. Casos son estos de aplicación del art. 1416, á los que también alude, aunque no con la expresada generalidad, el art. 62.

La licencia concedida para contratar, disponer ú obligarse la mujer con relación á sus bienes propios, no equivale, en nuestra opinión, al consentimiento. En tales circunstancias, la mujer es quien contrata ó se obliga; el marido ni se obliga ni contrata, interviene como jefe de la sociedad conyugal, por exigencias de la ley, y sólo consiente en que ella se obligue, y obligue con sus actos sus propios bienes. A lo más, podrá afirmarse que, si por consecuencia de tales actos ó contratos llegan á

perderse bienes de la mujer, el marido prestó al efecto su autorización y no puede quejarse de que con dichos bienes pierda la sociedad los frutos que pudieran producir.

Otro tanto puede decirse respecto á obligaciones contraídas por la mujer, en general ó indeterminadamente, sin relación á bienes algunos, si el marido se limita á prestar su licencia, lo cual no obsta á lo expresado anteriormente como hecho frecuente en la vida ordinaria de la sociedad, pues si la obligación se cumple con bienes ganancialos ó á costa del caudal común con aquiescencia del marido, evidentemente consiente en ello y no se trata de una simple licencia para que se obligue la mujer.

En cuanto á contratar la esposa con licencia de su marido determinadamente sobre bienes gananciales, no es concebible más que en circunstancias extraordinarias ó excepcionales. Inscrita, por ejemplo, á nombre de la mujer una finca por compra durante el matrimonio, sin constarla procedencia del dinero, no es raro que la venda ó hipoteque la mujer con licencia de su marido. Y aun en estos casos, como hemos hecho notar en el comentario del art. 1407, la jurisprudencia tiene declarado que la facultad de enajenar ó gravar corresponde al marido, de modo, que en rigor, si éste interviene sólo para prestar su licencia, y no es él, por tanto, quien dispone, el acto debe estimarse ineficaz, y el Registrador, fundado en los artículos 1407 y 1413, no debe inscribir.

Concluiremos, pues, que en nuestro derecho, en ningún caso, la simple licencia del marido equivale al consentimiento exigido en el art. 1416, para que la mujer con sus actos pueda obligar á la sociedad de gananciales.

El art. 1938 del código de Uruguay, dice: «Toda deuda contraída por la mujer con mandato general ó especial, ó con autorización expresa ó tácita del marido, se reputa deuda del marido, y por consiguiente, de la sociedad, y el acreedor no podrá perseguir el pago de esta deuda sobre los bienes propios de la mujer, sino sobre los bienes gananciales y sobre los bienes propios del marido. Los contratos celebrados de consuno, ó en que

la mujer se obliga solidariamente con el marido, no valdrán contra los bienes propios de la mujer.

Lo mismo preceptúan los artículos 1751 del código de Chile, y 1281 del de la República Argentina.

«Las deudas contraídas durante el matrimonio, dice el artículo 2168 del código de Méjico, por ambos cónyuges, ó sólo por el marido ó por la mujer, con autorización de éste, ó en su ausencia, ó por impedimento, son carga de la sociedad legal.» Ya sabemos que en dicho código las facultades de la mujer en los bienes gananciales son más extensas.

Entendemos que en nuestro derecho, obligándose solidariamente marido y mujer, quedan obligados, desde luego, los bienes gananciales, pero también los del marido, y en su defecto los bienes de la mujer.

Con relación á otros derechos de la esposa, véase lo expuesto anteriormente al comentar los artículos 1413 y 1415.

SEGUNDO. *Vida anormal de la sociedad de gananciales.*—La simple enfermedad del marido ó su ausencia en paradero conocido, no alteran la vida normal de la sociedad. La mujer seguirá obligándola por los gastos diarios usuales de la familia, y si interviene en algún contrato, este será consentido ó ratificado por el jefe de la sociedad, en cuanto sea posible, si es que en caso de ausencia prolongada del marido no confirió poder á su esposa ó á un tercero para la administración de los bienes con más ó menos extensas facultades. Este poder, aun conferido á un tercero, no ataca las prerrogativas del marido, ni merma los derechos de la mujer, porque el mandatario es sólo una persona intermedia, que representa en todo al mandante, siendo éste quien realmente interviene y obliga con sus actos á la sociedad.

La vida normal de la sociedad de gananciales, puede alterarse por la voluntad de los mismos interesados, consignada en las capitulaciones matrimoniales, ó por circunstancias extrañas á esa voluntad previstas y remediadas por el legislador.

a) Sobre el alcance que pueden tener las capitulaciones ma-

trimoniales, en lo referente á la administración de los bienes gananciales, véase el comentario del art. 1316.

Vigente el sistema de gananciales, no cabe, en nuestra opinión, que la mujer renuncie de antemano el derecho que tiene de reclamar contra los actos fraudulentos ó ilegales de su marido, ni conferir á la mujer la facultad de vender ó donar por sí sola los bienes gananciales.

Cabe, en cambio, pactar que no puedan enajenarse en forma alguna los bienes de la sociedad sin el consentimiento expreso de ambos cónyuges. Cabe del mismo modo, la estipulación de que la mujer pueda reclamar durante el matrimonio contra las enajenaciones fraudulentas ó las donaciones ó actos ilegales que realice su marido; que la mitad de gananciales correspondiente al cónyuge premuerto pertenezca al sobreviviente, sin perjuicio de las legítimas, ó modificaciones de carácter más secundario.

b) La ley preve casos anormales de naturaleza relativamente transitoria, como hallarse el marido prófugo ó declarado rebelde eu cansa criminal, ó estar absolutamente impedido para la administración sin haber proveído sobre ella.

Con mayor motivo se preven otras situaciones como la locura ó prodigalidad del marido, su ausencia en ignorado paradero, ó su interdicción civil, ordenando que se transfiera á la mujer ó á un tutor la administración de los bienes del matrimonio.

Al transferirse á la mujer la administración de los bienes de la sociedad, en virtud de una causa legítima que altera la normalidad de la situación creada de ordinario por el matrimonio, las circunstancias varían por completo. La mujer sustituye en todo al marido. Véase el comentario de los arts. 1441 y 1442.

C) *Jurisprudencia.*—Afirman la facultad del marido para enajenar y obligar á título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales, las Resoluciones de la Dirección de los Registros de 19 de Enero de 1893 y 23 de Abril de 1898, y las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1898 y 1.º de Diciembre de 1902. En esta última se insiste en la doctrina, á que ya

nos hemos referido en el comentario del art. 1383, de que al marido, como representante, según el art. 1412, de la sociedad de gananciales, que es á la que afecta principalmente la cuestión, corresponde ejercitar el retracto de colindantes, aun perteneciendo el derecho á la mujer por razón de bienes parafernales.

Aplican el segundo párrafo del art. 1413, las sentencias de 1.º de Abril de 1897 y 8 de Mayo de 1900. La primera se limita á declarar que, enajenadas en fraude de los derechos de su esposa varias fincas de la sociedad por el marido, es procedente la acción de nulidad entablada por su viuda y herederos contra los adquirentes de los bienes.

En la segunda, y en un caso análogo, se declara:

1.º Que los preceptos combinados de los artículos 1357, 1401, 1408 y 1413 del Código civil, obligan á reconocer que son de cargo de la sociedad de gananciales, y responden los bienes propios de ésta, de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y que éste está autorizado para contraer cualquier clase de aquéllas sin consentimiento de la mujer, salvo el caso en que determinadas obligaciones contradigan la prohibición expresa del mismo Código, ó se hagan en fraude de la mujer, y salvo asimismo la responsabilidad en cuanto á los frutos de los bienes parafernales, respecto de las obligaciones personales del marido, si no se prueba que redundaron en beneficio de la familia según el art. 1386.

2.º Que esto, no obstante, el párrafo segundo del art. 1413, terminantemente establece que toda enajenación ó convenio que sobre los bienes de la sociedad de ganaciales haga el marido en fraude de la mujer, no perjudicará á ésta ni á sus herederos.

3.º Que el fraude se determina por el objeto y finalidad con que el marido celebre los contratos en que compromete los bienes de la sociedad de gananciales, que pueden ser válidos en sí mismos é ineficaces en cuanto á la mujer, si se han celebrado con visible intento de perjudicar á ésta, sin fin alguno de beneficio para la sociedad.

D) *Códigos extranjeros.*—El código de Venezuela sigue un criterio especial en lo relativo á la protección de los intereses de la mujer. El marido administra exclusivamente la sociedad sin tener que dar cuenta de su administración, y dispone con iguales facultades que en nuestro derecho. «En caso de que el marido, añade el art. 1396, dilapide los bienes de la sociedad conyugal, la mujer podrá solicitar del juez de primera instancia que dicte las providencias oportunas para evitar el peligro, y si tales providencias no fueren suficientes, podrá la mujer pedir la separación de bienes.»

«Según el art. 1397, las obligaciones contraídas mancomunadamente por la mujer y el marido, ó en que la mujer se obligue solidariamente con el marido, no tendrán efecto contra los bienes propios de la mujer, sino en cuanto se probare que el contrato ha cedido en utilidad personal de la mujer.»

El precepto se repite en el art. 1751, párrafo segundo, del código de Chile. El 1752 añade: «La mujer por sí sola, no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad.»

Queda expuesta en el comentario la doctrina especial del código de Méjico en cuanto á enajenación de bienes gananciales se refiere.

Los arts. 1412 al 1416 concuerdan con los 1931 al 1935 y 1937 del código de Uruguay.

Véanse también los arts. 1276, 1277, 1280, 1281 y 1282 del de la República Argentina.

SECCION SEXTA

DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

ARTÍCULO 1417

La sociedad de gananciales concluye al disolverse el matrimonio ó al ser declarado nulo.

El cónyuge que por su mala fe hubiere sido causa

de la nulidad, no tendrá parte en los bienes gananciales.

Concluirá también la sociedad en los casos enumerados en el artículo 1433.

A) *Precedentes legales.*—Véanse los del artículo 1365.

B) *Comentario.*—Con arreglo á este artículo, la sociedad de gananciales termina por las causas siguientes:

1.ª Muerte de uno de los cónyuges.

2.ª Declaración de presunción de muerte, cuyos efectos se equiparan á la muerte misma.

3.ª Nulidad del matrimonio.

4.ª Solicitarse y obtenerse la separación de bienes, fundándose:

a) En la interdicción civil de uno de los cónyuges.

b) En la declaración de su ausencia.

c) En una sentencia de divorcio.

La interdicción, la ausencia ó el divorcio, salvo los especiales efectos que producen en cuanto á los bienes, no bastan para disolver la sociedad de gananciales, mientras en virtud de tales causas no se pida y acuerde la separación.

El Código en todos los expresados casos declara disuelta la sociedad. Sostienen muchos autores y otros códigos, que en las diversas situaciones comprendidas en el número 4.º, la sociedad no se disuelve, y sólo se interrumpe ó suspende. Es cuestión de palabras; pero en nuestro Código se ordena que aun en esos casos se liquide definitivamente la sociedad, lo que equivale á una verdadera disolución, y si cesa la causa ó si se reconcilian los cónyuges, se entiende que se constituye una sociedad nueva.

En el comentario del art. 1365 nos ocupamos de las diversas causas que quedan enumeradas, dejando el estudio de las del número 4.º para su lugar correspondiente. Añadimos allí otras dos causas especiales que no son aplicables á la sociedad de gananciales, pues el sólo hecho de necesitar tutor alguno de

los cónyuges, puede ser motivo, si éste es el marido, para que se restituya á la mujer su dote, mas no para disolver la sociedad conyugal.

La *muerte* es la causa normal de la disolución. Todas las demás son relativamente raras. Los herederos pueden formar con el cónyuge viudo una sociedad ordinaria: la sociedad de gananciales se extingue aun contra su voluntad.

Con relación á la *nulidad* del matrimonio, el art. 1417, en armonía con lo preceptuado en el 72, establece que el cónyuge que hubiese procedido con mala fe, perderá su parte de gananciales. Si la mala fe se extiende á ambos cónyuges, quedará compensada, y por lo tanto, no habrá lugar á que ninguno de ellos pierda en los gananciales su participación. Véase el comentario del art. 1429.

Las causas que hoy producen la pérdida de los gananciales son la renuncia á ellos en tiempo oportuno (arts. 1394 y 1418), y el haber contraído alguno de los cónyuges con mala fé un matrimonio nulo (arts. 1417, 1418 y 72). En lo antíguo podían perderse por delito de la mujer y por vivir lujuriosamente al quedarse viuda.

Entre los efectos del divorcio no se comprende la pérdida de los gananciales. Sólo se pierden los ulteriores á la separación.

¿Cuál es el momento que señala la disolución de la sociedad?

En caso de muerte no puede caber duda alguna.

En caso de presunción de muerte, véase el art. 192.

En los casos de interdicción, ausencia ó divorcio, cuando se decrete judicialmente la separación, como claramente se deduce del art. 1434.

Por último, en caso de nulidad, la sentencia que la declare determina el día en que la sociedad se disuelve con relación al cónyuge de buena fe. En cuanto al cónyuge de mala fe, se presume que ni el matrimonio ni la sociedad que es su consecuencia han llegado á existir: de aquí que no tenga derecho á los gananciales. Si la mala fe existe en ambos cónyuges, ya hemos dicho que, con arreglo al art. 72, queda compensada, aunque esta de-

claración no está muy en armonía con lo dispuesto en el último párrafo del art. 69.

El artículo que nos ocupa está en relación con el 1393, que señala el momento en que empieza la sociedad. Allí indicamos que en nuestro derecho la separación convencional de los esposos no es jurídicamente apreciable, suponiendo la ley que continúa la vida en consuno, y que existen cargas comunes, porque no le consta nada en contrario. Las ideas expuestas en aquel lugar, las completaremos con la doctrina de algún código extranjero, que preve esa situación especial y le dedica reglas más ó menos oportunas, y con alguna observación.

El código de Guatemala establece los siguientes preceptos:

«Art. 1158. La mujer que no quisiera ir á habitar en casa del marido y que contra la voluntad de éste permanezca en cualquiera otra, no tendrá entretanto derecho á los gananciales.

»Art. 1159. No participará de los gananciales la mujer que abandone la casa del marido, por todo el tiempo que dure la separación.

»Art. 1160. Cesan los efectos de los dos artículos anteriores:

»1.º Si la mujer prueba alguna justa causa en virtud de la cual pueda hallarse autorizada para estar fuera de la casa conyugal, mientras aquélla no desaparezca.

»2.º Si se reconcilían los cónyuges.»

El código de Méjico, mirando la cuestión bajo un punto de vista distinto, admite lo que llama divorcio voluntario como causa que puede terminar, suspender ó modificar la sociedad de gananciales, según convengan los consortes (art. 2108).

El código de Venezuela establece en cambio que toda separación voluntaria de los cónyuges es nula.

La cuestión afecta á las relaciones entre los cónyuges y á las relaciones de la sociedad con terceras personas.

En las relacionees entre los cónyuges siempre debieran respetarse las bases acordadas ó estipuladas en forma auténtica por los mismos interesados; á falta de convenio sobre los gananciales, y acreditada cumplidamente la separación voluntaria

de los esposos, estimamos que debieran aplicarse las reglas derivadas de la separación de bienes: cada cónyuge conserva lo suyo, administra lo suyo, gana para sí y contribuye proporcionalmente á las cargas que puedan existir.

Para hacer cesar las relaciones respecto á terceros, debiera intervenir la autoridad judicial, á instancia de los mismos interesados, mientras no exista un registro formal para hacer constar toda alteración ó modificación en el régimen económico de la familia.

Disuelta por cualquier causa la sociedad conyugal establecida bajo la base del sistema de gananciales, dejan de ser aplicables todos los preceptos marcados en los arts. 1401 al 1416, que se fundan en la existencia de esa sociedad.

En su consecuencia, cuanto adquiera el cónyuge viudo en caso de disolución por muerte ó presunción de muerte, ó cualquiera de los cónyuges en las otras causas de terminación de la sociedad, cuando ya ésta no exista, sea con su trabajo ó industria, y ya á título oneroso ó lucrativo, forma parte de su capital propio, sin que puedan pretender participación el otro cónyuge ó sus herederos. Los frutos siguen á los bienes como un accesorio, los edificios al suelo y las plantaciones al terreno, según las reglas generales de la accesión.

Cada interesado ó sus causahabientes cumplen las obligaciones que les afectan, porque deja de haber cargas comunes y responde de sus deudas particulares, y atiende, salvo el período de administración, al cuidado, defensa y conservación de sus bienes, y corre á su cargo su sostenimiento y el de sus hijos, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1430.

Deja el marido de ser el administrador de los bienes ganados en la comunidad, y aun con mayor motivo pierde el derecho de disponer de ellos á título oneroso, y el de obligarlos, porque ya no es el jefe de una sociedad que ha dejado de existir, es sólo un socio pendiente del resultado de la liquidación que debe verificarse, y que sólo puede alegar derecho á la parte determinada que le corresponda en la división.

No cabe á título de condominio que cada cónyuge, ó por una parte el que de ellos sobreviva, y por otra los herederos del premuerto, dispongan de una mitad de los bienes que por su adquisición tienen la cualidad de comunes ó gananciales, á menos de proceder de mutuo acuerdo cuantos interesados existan, porque en la laboriosa liquidación que debe practicarse, se ignora si habrá en definitiva ganancias, ni qué parte de ellas en su caso podrá corresponder al enajenante, ni mucho menos en qué bienes determinados se llevará á efecto la adjudicación.

Esta consecuencia es importantísima en la práctica, y en ella insistiremos al ocuparnos del art. 1428.

C) *Códigos extranjeros.*—La muerte, la presunción de muerte, el divorcio necesario ó voluntario, la nulidad y la declaración de ausencia, son las causas que terminan ó suspenden la sociedad legal en Méjico, según los arts. 2106 al 2108 y 2180 al 2183.

En el 1764 del código de Chile, se prescinde de la ausencia, y se exige que el divorcio sea necesario y perpetuo.

Los códigos de Uruguay, República Argentina y Venezuela, consignan la disolución por muerte, la nulidad del matrimonio y la separación de bienes. Varían, no obstante, como veremos en su lugar, las causas que motivan esta separación.

SECCION SÉPTIMA

DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Introducción.

«Bajo el nombre de liquidación de la sociedad de gananciales, dice el Sr. Sánchez Román, se comprenden todas las operaciones necesarias para determinar si existen ó no *gananciales*, y su distribución por mitad entre ambos cónyuges, prévias las deducciones y reintegros á cada uno de ellos de los que son bienes de su pertenencia particular, así como de las responsabilidades que fueran imputables al acervo común.»

La sociedad ha dejado de existir. Mezclados y confundidos

quedan provisionalmente los intereses de los socios y los de los terceros, el capital privativo y el capital común. Forzosamente ha de venir un período transitorio y anormal hasta tanto que se haga la oportuna liquidación, se separe y deduzca lo que á cada cual corresponde, se averigüe si existen ó no ganancias, y se dividan y adjudiquen los bienes ya determinados de que cada interesado ha de ser exclusivo propietario.

¿Quién debe llevar á efecto la liquidación de la sociedad? El Código no lo determina en ninguno de los artículos de esta sección, por no estimarlo necesario, pues deberán siempre guardarse las reglas generales relativas á la personalidad, interviniendo los mismos cónyuges ó sus representantes legítimos, según los casos.

Cuando la sociedad termina por causa de nulidad habiendo mediado buena ó mala fe por parte de ambos cónyuges, ó por causa de divorcio, la liquidación se llevará á efecto por los mismos interesados, el marido y la mujer.

Cuando se acuerde la separación en virtud de ausencia en ignorado paradero ó interdicción civil de uno de los esposos, la liquidación debe efectuarse por el cónyuge á quien no afecten esas causas, y por la persona á quien legítimamente corresponda la representación del ausente ó penado. Caso de que esta representación corresponda al mismo cónyuge presente ó no penado, ha de distinguirse. La interdicción es causa de tutela, y en esta institución sustituye al tutor el protutor cuando existe oposición de intereses ó incompatibilidad. La ausencia exigirá que se designe judicialmente una persona que represente al ausente en el acto concreto de la liquidación de la sociedad.

Por último, cuando se disuelve la comunidad por muerte ó presunción de muerte, al cónyuge fallecido, ó cuyo fallecimiento se presume, han de representarle sus herederos ó la persona á quien especialmente hubiese conferido esa facultad. Aun cuando los contadores nombrados en el testamento, sin facultades extraordinarias, sólo tienen, según el art. 1057, la simple facultad de hacer la partición de la herencia del causante, ó sea de lo

que resulte pertenecer á éste á consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, en la práctica se le considera autorizado también para esta liquidación, como trámite previo y necesario de la partición, obrando de acuerdo con el cónyuge viudo, reconociéndoseles el expresado derecho por la jurisprudencia. Es más: es bastante frecuente que los contadores designados por el testador procedan por sí solos á la práctica de la liquidación de la sociedad, lo cual es, desde luego, abusivo. De aquí las Resoluciones de la Dirección general de los Registros de 12 de Noviembre de 1895 y 14 de Marzo de 1903, que declaran que dichos contadores no pueden prescindir del viudo en la expresada liquidación.

En caso de renuncia de uno de los cónyuges á los gananciales y aplicación del art. 1001, al cónyuge renunciante le sustituyen sus acreedores.

ARTÍCULO 1418

Disuelta la sociedad, se procederá desde luego á la formación del inventario; pero no tendrá éste lugar para la liquidación:

1.º Cuando, disuelta la sociedad, haya renunciado á sus efectos y consecuencias en tiempo hábil uno de los cónyuges ó sus causahabientes.

2.º Cuando á la disolución de la sociedad haya precedido la separación de bienes.

3.º En el caso á que se refiere el párrafo segundo del artículo anterior.

En el caso de renuncia, quedará siempre á salvo el derecho concedido á los acreedores por el art. 1001.

ARTÍCULO 1419

El inventario comprenderá numéricamente, para colacionarlas, las cantidades que, habiendo sido pagadas por la sociedad de gananciales, deban rebajarse de la dote ó del capital del marido, con arreglo á los artículos 1366, 1377 y 1427.

También se traerá á colación el importe de las donaciones y enajenaciones que deban considerarse ilegales ó fraudulentas, con sujeción al art. 1413.

ARTÍCULO 1420

No se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el lecho de que usaban ordinariamente los esposos. Estos efectos, así como las ropas y vestidos de su uso ordinario, se entregarán al que de ellos sobreviva.

A) *Precedentes legales.*—Con relación al art. 1420, la ley 6.ª, tít. 6.º, libro 3.º del Fuero Real, decía: «Si el marido ó la mujer muriese, el lecho que habíen cotidiano, finque al vivo, é si se casare, tórnenlo á partición con los herederos del muerto.»

La mujer, en virtud de delito, podía perder sus gananciales, según la ley 11, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, haciéndose innecesaria, en tal caso, la formación del inventario.

B) *Comentario.*—La base para la liquidación de la sociedad de gananciales es el inventario, al cual se refieren los artículos que vamos á examinar y el 1428.

El inventario reviste una extraordinaria importancia, y requiere, por lo mismo, sumo cuidado y un examen atento de toda la vida de la sociedad, pues no se trata de una simple relación de bienes ó efectos, sino que ha de contener numéricamente diversas cantidades que la ley considera colacionables, é influyen en gran manera en el resultado de la liquidación.

Siguiendo el orden de la ley, estudiaremos los casos en que no es necesaria la formación de inventario y lo que éste debe contener.

I. *Casos en que debe procederse á la formación de inventario.*—Ha de procederse á la formación de inventario, como regla general, siempre que se disuelva la sociedad de gananciales y sea necesario practicar su liquidación.

Por no juzgar ésta necesaria, declara el art. 1418 que no

habrá lugar á la formación de inventario en los casos siguientes:

1.° *Cuando, disuelta la sociedad, haya renunciado á sus efectos y consecuencias en tiempo oportuno uno de los cónyuges ó sus causahabientes.*—Refiérese, indudablemente, la ley, al caso en que, desde luego, al terminarse la sociedad de gananciales, renuncia uno de los cónyuges á las ganancias que puedan resultar, sin conocer aún seguramente si existen ó no. Cabe también aplicar su precepto cuando en las capitulaciones matrimoniales se haya pactado que las ganancias cedan en favor del cónyuge sobreviviente, caso de no quedar descendientes, y sin perjuicio de otras legítimas.

En todo caso hay que penetrarse del objeto de la ley para aplicar sus preceptos. No hay necesidad de hacer inventario cuando la liquidación es innecesaria, y es innecesaria la liquidación, cuando uno de los interesados ó sus causahabientes pierde todo interés en el asunto por no deber percibir nada á consecuencia de su renuncia.

Mas por lo mismo, la renuncia no puede evitar la formación del inventario en los dos casos siguientes:

a) Cuando la renuncia sea posterior á dicho inventario. Cabe, en efecto, que el cónyuge sólo renuncie después de apreciar por el inventario y aun por la liquidación las consecuencias de la sociedad. A ello no se opone el art. 1394, al contrario; parece lógico que sólo puedan renunciarse los gananciales cuando se sepa que en efecto los hay.

b) Cuando los acreedores del cónyuge renunciante acepten por él haciendo uso del derecho que les concede el art. 1394, en relación con el 1001. Se impone entonces la formación de inventario y la liquidación de la sociedad para conocer con certeza si hay ganancias y su cuantía.

El núm. 1.° del art. 1418 da lugar á una duda, al suponer que pueden renunciar á los efectos de la sociedad los herederos de uno de los cónyuges. El derecho á los gananciales forma parte del patrimonio del causante, ó sea de su herencia, ¿puede ésta aceptarse en parte y en parte renunciarse, contra lo pre-

ceptuado en el art. 990? ¿Supone tal vez el art. 1418 que los herederos renuncian la herencia en su totalidad? ¿Entiende que la prohibición no hace relación á los bienes ó parte de ellos, sino á continuar en todo ó en parte la personalidad del causante? ¿Se trata de una adición irreflexiva hecha bajo el punto de vista de que, por regla general, los derechos de una persona se transmiten á sus herederos, y pudiendo un cónyuge renunciar, sus herederos han de poder también hacerlo?

La ley se expresa bien y con conciencia de lo que decide. Disuelta la sociedad por muerte de uno de los cónyuges, los gananciales no forman parte de su patrimonio; lo que existe en la herencia es el derecho que á ese cónyuge correspondía para aceptar ó renunciar los efectos de la sociedad. El caso es igual á aquel en que una persona muere sin haber aceptado ni renunciado una herencia que le correspondía: el mismo derecho de aceptar ó repudiar que el causante tenía, pasa á sus herederos con arreglo al art. 1006. La renuncia hecha por estos herederos no implica que se acepte sólo en parte la sucesión, pues precisamente el hecho de la renuncia de esa herencia anterior supone la aceptación total, porque equivale al ejercicio de un derecho que al causante pertenecía y que sólo á título de herederos pueden ejercer.

2.° *Cuando á la disolución de la sociedad haya precedido la separación de bienes.*—Los términos en que está redactada esta excepción parecen contradictorios. La separación de bienes por virtud de las causas enumeradas en el art. 1433, *disuelve* la sociedad según el art. 1417, y por lo mismo, no se concibe que pueda preceder la separación á esa disolución, ya que se trata de una sola y misma cosa: la separación, es la disolución. Con arreglo al art. 1434, acordada la separación queda disuelta la sociedad de gananciales y se hace su liquidación conforme á lo establecido en el Código.

No puede aludir el artículo á una separación convencional de los bienes, porque establecido el régimen de gananciales, tal separación, que equivale á una alteración del régimen durante

el matrimonio, no tiene valor legal alguno. ¿Qué quiere, pues, decir el legislador en el núm. 2.º del art. 1418? Sólo encontramos una explicación. Aunque con cierta inconsecuencia con lo preceptuado en el art. 1417, y bajo la base de que la separación de bienes puede ser transitoria y no envolver una disolución definitiva, declara que si al disolverse el matrimonio por muerte de uno de los esposos, ya estaban separados sus patrimonios con arreglo á los artículos 1433 y siguientes, no es preciso formar nuevo inventario ni practicar liquidación. Esto es evidente. En resumen: viene á declararse que no procede inventario cuando ya se hizo oportunamente al terminar por otra causa anterior la sociedad.

3.º *Cuando la sociedad se disuelve por declararse nulo el matrimonio, habiéndose éste celebrado con mala fe por parte de uno solo de los cónyuges.*—Los gananciales pertenecen íntegros al cónyuge inocente, puesto que los pierde el culpable, y la ley, aun habiendo hijos, no determina que se adjudiquen á los hijos. Es inútil el inventario y la liquidación de la sociedad. Basta liquidar el capital privativo del cónyuge de mala fe, imponiéndole las pérdidas de donaciones que procedan con arreglo á la ley.

II. *Contenido del inventario.*—El inventario es una relación fiel y exacta de todos los bienes que existen como propiedad de cualquiera de los cónyuges ó de ambos á la terminación de la sociedad y de todos los créditos á que tiene derecho la comunidad. La masa partible, dice Laurent, se compone de los bienes existentes en el momento de la disolución: los esposos colacionan todo aquello de que son deudores á título de recompensa ó indemnización al fondo, y detraen ó deducen lo que como acreedores del mismo les pueda por el mismo título corresponder.

El inventario comprende, en primer lugar, los bienes existentes. ¿Deben incluirse los privativos de cada cónyuge ó sólo los comunes? La respuesta no es dudosa, pues los artículos 1421 y siguientes demuestran que la ley parte como base de la existencia de un fondo general, del que van pagándose por un orden determinado diversas atenciones, entre las que se encuentran

la dote, los parafernales y el capital del marido. Para que todo esto salga de ese fondo único, preciso es que en él se incluya lo que reste del capital aportado ó adquirido por cada uno de los esposos.

Pero como el inventario ha de contener, además de los bienes existentes, las cantidades colacionables como créditos de la sociedad, hay que tener sumo cuidado para no duplicar valores. Una finca de la mujer se ha mejorado, por ejemplo, durante el matrimonio con importantes plantaciones de viña hechas á costa de la sociedad. Si se hace figurar esta finca en el inventario con su valor actual, y después se hace constar el desembolso hecho por la sociedad como crédito á su favor, resultará duplicada esa cantidad, no pudiendo ser el resultado el que corresponde á la verdad mientras no se verifiquen las deducciones procedentes, ó no se hagan en el inventario mismo las aclaraciones necesarias.

Conviene hacer constar separadamente los bienes que existan privativos ó procedentes de cada uno de los cónyuges y los que tienen el carácter de gananciales.

En aquéllos se hace constar el aumento resultante durante la sociedad á consecuencia de mejoras hechas á costa del caudal común ó del mismo propietario, ó proveniente de la naturaleza ó del tiempo ó de simples accesiones naturales, ó en su caso la disminución como imputable ó no imputable al marido ó á la sociedad, todo con las aclaraciones debidas. Para evitar la duplicidad á que antes nos hemos referido, al terminar la relación de los bienes de cada cónyuge, existentes en la sociedad al tiempo de su disolución, con su actual valor, han de hacerse las deducciones que procedan por deuda del propietario para con la sociedad por razón de los mismos bienes.

Entre los gananciales han de figurar los edificios construídos en solar propio de uno de los cónyuges, el número de cabezas de ganado con expresión de las que excedan á las aportadas ó adquiridas privativamente durante el matrimonio, las mejoras en los bienes comunes provenientes de cualquier causa, etc.

El valor fijado á los bienes debe ser el que realmente tengan el día de la disolución de la sociedad, con las necesarias aclaraciones, para conocer lo que pueda tener carácter propio ó ganancial. Pero desde el día de la disolución hasta el de la liquidación pueden existir variaciones que interesan á los partícipes en la comunidad disuelta. No hay ya sociedad de gananciales, pero hay condueños, como hay coherederos en una sucesión, y á todos como propietarios aprovechan ó perjudican las oscilaciones del caudal, los aumentos ó deterioros, las ganancias ó pérdidas del fondo común.

Si el inventario se practica oportunamente, y se dilató la liquidación, antes de ésta se hacen constar las alteraciones sufridas por aquél en cuanto interesen á los partícipes del caudal partible. La muerte de semovientes, el aumento de valor en las acciones de Bancos, minas ó ferrocarriles, los frutos ó rentas de los bienes comunes ó gananciales que acrecen naturalmente al capital, cobro de créditos, venta de granos, etc.

En cuanto á los frutos de los bienes particulares de cada cónyuge, véase lo expuesto en el comentario de los arts. 1379 y 1380.

El art. 1428 remite todo lo relativo á la formación del inventario á la sección quinta, capítulo 5.º, título 3.º, libro tercero del Código, que trata del beneficio de inventario y del derecho de deliberar. Debemos, pues, referirnos al comentario de los artículos 1013 y siguientes, aun cuande hay que confesar que en ellos poco ó nada se establece en lo relativo á la materialidad de la formación del inventario, que es el punto que ahora nos ocupa.

Los arts. 1419 y 1420 contienen dos reglas especiales. Se previene en el segundo que no se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el lecho de que usaban ordinariamente los esposos, los cuales, asi como las ropas y vestidos de su uso ordinario, deben entregarse al que de ellos sobreviva. Las ropas y vestidos ¿se incluyen en el inventario? Aunque este extremo no resulta claro en el art. 1420, es para nosotros evidente

que siguen en todo la misma suerte que los efectos que constituyen el lecho, y así lo comprueba el art. 1374.

Todos los objetos expresados se separan desde luego, tienen un propietario determinado, el cónyuge sobreviviente, y se entregan sin cargo á su capital privativo, con entera independencia de él, como hicimos notar en el comentario de dicho artículo 1374.

Sin embargo, el art. 1420 consigna un derecho peculiar del cónyuge viudo. Cuando la sociedad termina por causa distinta á la muerte ó presunción de muerte, no hay viudo, y tanto el lecho con todos sus efectos, como las ropas y vestidos, se incluirán en el inventario, por dejar de ser aplicable esta excepción.

Debe suponerse que la ley en todos los artículos hasta el 1428 se ocupa del caso más frecuente y ordinario, que es el de la terminación de la sociedad por fallecimiento de uno de los cónyuges, y en el art. 1429 se refiere á las especialidades propias del caso de nulidad del matrimonio, y prefija que en caso de separación, se cumpla lo dispuesto en el capítulo 6.º del título que examinamos. Sin embargo, las reglas aplicables son en su mayoría iguales, cualquiera que sea la causa de la disolución de la sociedad.

En cuanto hace relación al art. 1420, nos referimos al comentario del 1374.

El artículo 1419 establece, como hemos dicho, otra regla especial. Según él, el inventario comprenderá numéricamente para colacionarlas, las cantidades que habiendo sido pagadas por la sociedad, deban rebajarse de la dote ó del capital del marido, con arreglo á los arts. 1366, 1377 y 1427. También debe traerse á colación el importe de las donaciones y enajenaciones que deben considerarse ilegales ó fraudulentas, con sujeción al art. 1413.

Son derechos de la sociedad, cantidades por ella pagadas en interés ó provecho de uno ú otro de los socios, créditos que le corresponden y deben serle reintegrados. Esas cantidades

existirían en el activo de la comunidad ó en el fondo social, si no se hubieran detraído de él, y en sustitución de ellas debe figurar el crédito que representan.

Cita el art. 1419 como base de aplicación, lo preceptuado en los arts. 1366, 1377, 1413 y 1427. No tenemos necesidad de repetir aquí cuanto quedó expuesto sobre la materia de que tratamos, no sólo en el comentario de dichos artículos, sino también en el de los 1404 y 1410. Véanse dichos comentarios.

Ya se trate de reparaciones mayores hechas en los bienes privativos de alguno de los cónyuges, de mejoras en los mismos, de gastos de cobranza ó defensa del caudal no común, de pago de deudas anteriores al matrimonio, multas ó condenas pecuniarias, abono de deudas hereditarias ó cargas de una donación, adelantos para retraer, ó por diferencia de valores en las permutas, cumplimiento, en suma, de obligaciones inherentes á los bienes ó á la persona de uno solo de los esposos, en cuanto haya sido satisfecho por la sociedad de gananciales, forma parte del haber de ésta, y debe figurar en el inventario como aumento por colación numérica. Aunque obedeciendo á distintos motivos, también ha de colacionarse el importe de las donaciones y enajenaciones hechas ilegalmente ó con fraude por el marido, puesto que sólo á él debe perjudicar, y debiera encontrarse formando parte del haber social.

¿Con qué valor deben figurar todos estos créditos? ¿Ha de hacerse siempre numéricamente ó de un modo ficticio la colación?

Sea el que fuere el beneficio obtenido particularmente por el cónyuge á costa de la comunidad, sólo se debe á ésta la cantidad que adelantó, y eso es lo que hay que colacionar. Si, pues, la mujer con fondos gananciales ejercita el retracto legal sobre una finca contígua á la suya, y paga 100 por lo que sólo vale 80, aunque su beneficio sea sólo 80, debe los 100 que tomó. Si se gastaron 10.000 pesetas en mejorar una finca del marido, aunque resulte en ésta un valor de 15.000, sólo deberá lo que desembolsó la comunidad. Ahora bien: esas cantidades, sea el

que fuese el tiempo transcurrido desde el nacimiento del crédito hasta el día de la disolución, no devengan interés alguno. Por regla general, la comunidad se aprovecha del capital adelantado, ya mediante el disfrute de los bienes, ya dejando de pagar réditos por las deudas que satisfaga.

La colación se hace siempre numéricamente, como se establece en el art. 1419, pues así es suficiente para llevar á efecto la liquidación de la sociedad. Aunque en el segundo párrafo no se expresa que la colación sea numérica, bien claramente se deduce que así ha de ser en principio, por cuanto no se colacionan los bienes donados, sino su importe, así como el de las enajenaciones.

Si por consecuencia de la liquidación de la sociedad, resulta que con el total de bienes existentes no pueden pagarse los derechos de alguno de los cónyuges, el que resulte deudor habrá de abonar la parte necesaria, y en su caso se impondrá tal vez la anulación de los actos ilegales ó fraudulentos realizados por el marido, por no poder evitarse de otro modo el perjuicio para la mujer.

Ahora bien: para que el inventario pueda dar completa idea de la situación de la sociedad al tiempo de su terminación, debe contenerse en él, no sólo el activo, sino también el pasivo de la comunidad. Por esto, relacionadas todas las existencias en bienes y derechos, deben relacionarse también todas las deudas de la sociedad para con terceras personas ó para con los mismos socios. En el caudal privativo de éstos pueden también incluirse los créditos existentes á su favor contra la comunidad, y aparte sus deudas para con la misma.

C) *Códigos extranjeros.*—Los artículos examinados concuerdan con los 2189 al 2192 del código de Méjico; 1960, 1964 y 1965 del código de Uruguay, y 1765 y 1769 del de Chile, que no comprenden, sin embargo, los casos de excepción de la formación del inventario, ni el último lo referente al lecho y vestidos ordinarios.

El art. 1313 del código de la República Argentina se contenta

con exigir que se forme inventario segun las reglas relativas á la división de las herencias.

Los códigos de Uruguay y Chile contienen con relación al inventario las reglas especiales siguientes:

«Aquél de los cónyuges ó sus herederos que dolosamente hubiere ocultado ó distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa, y será obligado á restituirla doblada.» (Arts. 1963 del código de Uruguay y 1768 del de Chile.)

«La mujer que no haya renunciado los gananciales, se entenderá que los acepta con beneficio de inventario.» (Arts. 1962 y 1767 respectivamente.)

«El inventario y tasación que se hubiesen hecho sin solemnidad judicial no tendrán volor en juicio sino contra el cónyuge, los herederos ó los acreedores que los hubieren debidamente aprobado y firmado.» (Arts. 1961 y 1766.) Este último añade: «Si entre los partícipes de los gananciales hubiere menores, dementes ú otras personas inhábiles para la administración de sus bienes, serán de necesidad el inventario y tasación solemnes.»

ARTÍCULO 1421

Terminado el inventario, en primer lugar se liquidará y pagará la dote de la mujer, según las reglas que para su restitución se determinan en la sección tercera, capítulo 3.º de este título, y con sujeción á lo dispuesto en los artículos siguientes.

ARTÍCULO 1422

Después de pagar la dote y los parafernales de la mujer, se pagarán las deudas y las cargas y obligaciones de la sociedad.

Cuando el caudal inventariado no alcanzare para cumplir todo lo dispuesto en este artículo y en el anterior, se observará lo determinado en el título XVII de este libro.

ARTÍCULO 1423

Pagadas las deudas y las cargas y obligaciones de la sociedad, se liquidará y pagará el capital del marido hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las rebajas que correspondan por las mismas reglas que, respecto de la dote, determina el art. 1366.

ARTÍCULO 1424

Hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los tres artículos anteriores, el remanente del mismo caudal constituirá el haber de la sociedad de gananciales.

ARTÍCULO 1425

Las pérdidas ó deterioro que hayan sufrido los bienes muebles de la propiedad de cualquiera de los cónyuges, aunque sea por caso fortuito, se pagarán de los gananciales cuando los hubiere.

Los sufridos en los bienes inmuebles no serán abonables en ningún caso, excepto los que recaigan en bienes dotales y procedan de culpa del marido, los cuales se indemnizarán según lo dispuesto en los artículos 1360 y 1373.

ARTÍCULO 1426

El remanente líquido de los bienes gananciales se dividirá por mitad entre marido y mujer ó sus respectivos herederos.

ARTÍCULO 1427

Del caudal de la herencia del marido se costeará el vestido de luto para la viuda, según lo dispuesto por el art. 1379. Los herederos de aquél lo abonarán con arreglo á su clase y fortuna.

A) *Precedentes legales.*—En la práctica se observaban las reglas prevenidas en los artículos transcritos.

Respecto á la división por mitad de los gananciales, véanse los precedentes de los artículos 1392 y 1401.

En lo que se refiere al art. 1425, véanse los del 1360.

B) *Comentario.*—Bajo la base del inventario se procede á la liquidación de la sociedad de gananciales, y como consecuencia de ella, á la división y adjudicación procedentes, para que tanto los socios ó sus herederos, como los acreedores, resulten completamente satisfechos ó pagados de cuanto les pueda corresponder.

Los artículos que vamos á examinar, lo mismo pueden ser explicados de un modo breve y sencillo, que ser objeto de un extenso comentario.

La ley fija el orden siguiente para proceder al pago de todos los interesados en la sociedad:

1.° El capital de la mujer.

2.° Las deudas, cargas y obligaciones de la sociedad.

3.° El capital del marido.

4.° Los gananciales.

¿Por qué se sigue este orden que á primera vista parece caprichoso? Es, desde luego, natural que no se hable de ganancias mientras no se haya devuelto á cada socio íntegramente su capital, y no se hayan pagado todas las deudas; pero ¿por qué es preferente el reintegro del capital de la mujer aun al cumplimiento de las obligaciones de la sociedad? ¿Por qué el marido ha de quedar relegado á un último término, expuesto á perder el total caudal que aportó, mientras su mujer lo recibe íntegro? ¿No es esto una desigualdad injusta ó irritante?

La explicación es sencilla. La mujer es para la ley una acreedora con derecho preferente, puesto que, ó es una acreedora de dominio, una verdadera propietaria de los bienes que aun existan de su pertenencia, ó la sociedad le debe el capital que aportó, siendo la fecha de la aportación anterior á la de los demás créditos que puedan existir como contraídos durante la comunidad. Sin embargo, si no hubiese bienes suficientes para el pago á la mujer y á los expresados acreedores, la ley sólo

sostiene la preferencia de la mujer, en cuanto realmente resulte justa y procedente, como veremos en su lugar.

Respecto á la desigualdad establecida entre el marido y la mujer después de disuelta la sociedad, es sólo una consecuencia lógica de la desigualdad admitida por nuestras leyes en cuanto á los derechos de la mujer y del marido durante la comunidad. El marido es el administrador, al marido se le erige casi en dueño de todos los intereses de la sociedad, sosteniéndose que deben respetarse hasta los actos fraudulentos é ilegales que realice en los bienes gananciales. La mujer, durante el matrimonio, preténdese que carece del derecho de oponerse al fraude y á la ilegalidad; sólo valen sus iniciativas en cuanto obtengan el consentimiento del jefe ó haya de presumirse su aquiescencia en interés de la familia, ni aun puede reclamar un remedio contra la mala administración del marido que conduce á la ruina á la sociedad, mientras no obtenga la declaración de deber considerársele pródigo. De aquí, como inmediata consecuencia, que al disolverse la comunidad, los tristes resultados de una desacertada gestión, recaigan en aquel á quien la ley considera responsable, y nunca en la mujer, á quien en modo alguno puede atribuirse culpa ni negligencia en las pérdidas ó perjuicios de la sociedad.

Por eso cuando se admite un sistema distinto, cuando el marido no puede disponer de bienes de importancia sin el consentimiento de la mujer, cuando ésta puede oponerse á la mala gestión de su esposo y obtener un remedio eficaz, cuando, en suma, ambos cónyuges aparecen como copropietarios durante la unión y juntos intervienen, el bien ó el mal es para uno y otro; si hay ganancias las comparten por igual, si hay pérdidas por igual las sufren. Tal sucede en el código de Méjico.

Quizás en este último sistema se sacrifica la realidad en aras de la lógica y se aceptan doctrinas que seducen el ánimo, pero no tienen valor en la práctica. Tal vez se conceden á la mujer derechos nominales y se le imponen, en cambio, responsabilidades efectivas y duras; tal vez la aplicación de un principio

justo sirva sólo para dar apariencia de justicia á lo que en muchas ocasiones constituirá una iniquidad. Pero ni siempre ocurrirá así, ni la posibilidad de tales hechos es causa suficiente para disponer las cosas de un modo tan contrario, que durante la unión se anule casi por completo la personalidad de uno de los socios, y después de ella se impongan al otro todas las pérdidas y perjuicios que puedan resultar. Este es el sistema del pasado, con el que es difícil romper. Aquél es el sistema del porvenir, que, basado en la igualdad, irá abriéndose camino, lenta pero progresivamente hasta llegar á imperar.

En el sistema de nuestro Código, y con él en el de la mayoría de los códigos extranjeros, puesto que del marido son todos los derechos durante el matrimonio, suyas son todas las responsabilidades. Esto parece lo normal: las fortunas aumentan ó disminuyen á compás de su buena ó mala administración; pero no es ese el único factor influyente en las ganancias ó pérdidas de una sociedad. Causas al parecer pequeñas y aun desconocidas deshacen los proyectos mejor concebidos; causas grandes, incontrarrestables, pulverizan las más sólidas posiciones. Y cuando al fin de un trabajo incesante, un marido, con sus cuantiosos bienes y una gran fortuna de su esposa, ve desaparecer, sin medios racionales que puedan impedirlo, la mitad de todo el capital ó la mayor parte de él, la ley le impone el castigo de reintegrar cuanto reste á herederos más ó menos extraños de su mujer y quedarse sin nada propio, sin más recurso, y eso en el moderno derecho, que aceptar la limosna usufructuaria que la ley asigna al cónyuge viudo.

Se dirá que no siempre ocurre así, aunque el caso, más en grande ó en pequeño, no es muy raro, aun prescindiendo de la influencia que también en muchas ocasiones tiene la mujer en las pérdidas sociales, como la tiene indudablemente en las ganancias. Pero ¿no sería preferible acortar las distancias, huir de exageraciones, dar á la mujer más derechos durante la unión y menos después de disuelta la comunidad?

Entremos ya en lo referente á la liquidación de la sociedad

de gananciales, con arreglo á lo dispuesto en los artículos 1421 al 1427.

I. *Capital de la mujer.*—Aunque el art. 1421 sólo habla de la dote, bien claramente se deduce del 1422 que se refiere á la dote y á los parafernales, ó sea al capital privativo de la mujer.

Suscítase una duda. Cuando los parafernales son administrados por el marido, siguen en todo la condición de la dote, y es claro que procede su pago ó restitución. Pero cuando los administra la mujer, ¿deben esos bienes incluirse en el inventario? ¿Procede también su pago y liquidación?

Lo segundo ha de ser sólo una consecuencia de lo primero. En la práctica suelen incluirse los bienes parafernales en el inventario, sean ó no administrados por la mujer, y así lo autoriza el art. 1422, que no distingue, y en todo caso dispone el pago de las deudas de la sociedad después de pagada la dote y los parafernales de la mujer. Sin embargo, las operaciones relativas á la liquidación de la sociedad de gananciales no se alteran aunque se prescinda de esos bienes que eran de la mujer, y de la mujer siguen siendo, con los aumentos ó menoscabos, pérdidas ó subrogaciones que, dependientes de cualquier causa, puedan resultar, pues nunca el marido puede ser responsable con relación á bienes en cuya administración no ha intervenido.

Pero al fin, esos bienes pertenecen á uno de los socios, y cabe que aun respecto á ellos proceda alguna liquidación relacionada con la de la sociedad por razón de mejoras, desembolsos ú otros conceptos, como cabe que aun no entregados solemnemente al marido para su administración, hayan sido realmente administrados por él, de modo que la inclusión de tales bienes en el inventario general no estorba nunca, y puede en muchos casos ser conveniente y aun necesaria.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Diciembre de 1901 contiene la doctrina siguiente: «Aun cuando puedan estimarse fuera de la sociedad conyugal los bienes parafernales de la mujer, cuya administración conserva y retiene, por no haber hecho entrega de los mismos al marido, para el efecto de

tener que incluirlos en el inventario de los que á la muerte de éste tienen que ser objeto de la liquidación de la expresada sociedad, como en el caso del presente recurso sufrieron transformaciones y reformas de importancia que merecen el concepto de gananciales, que tienen que ser consiguientemente liquidados, circunstancia que hace presumir la intervención del marido en su administración, es manifiesto que al desestimar el Tribunal sentenciador la demanda de exclusión, no comete por esto infracción alguna, pues la inclusión de tales bienes en el inventario no implica el desconocimiento del dominio que en ellos tenga la mujer, sino que se justifica por la conveniencia y aun la necesidad de hacer la liquidación antes mencionada sobre la base del reconocimiento del carácter de tales bienes.»

La restitución de los bienes parafernales á la mujer, en su caso, se verifica sencillamente dejándola cuanto de ellos reste, ya proceda de adquisición directa ó de subrogación, con el mayor ó menor valor que por cualquier causa puedan tener, ó en el estado en que se encuentren, y con los aumentos ó deducciones que en la liquidación de la sociedad y por sus relaciones con la misma resulten procedentes.

La restitución de la dote y de los mismos parafernales entregados solemnemente al marido para su administración, se verifica siguiendo las reglas establecidas en la sección correspondiente y atendiendo á la forma estimada ó inestimada de su constitución.

Tanto con relación á la dote como á los parafernales, en el caso expuesto, hay que tener en cuenta, no sólo la forma de la restitución, según que se trate de bienes fungibles, muebles, inmuebles, créditos ó derechos, sino también los abonos y las deducciones procedentes, con arreglo á los artículos 1366, 1373 y 1377.

Previene el art. 1421 que la dote se liquide y pague segun las reglas establecidas para su restitución, y con sujección además á lo dispuesto en el artículo siguiente.

Tenemos que hacer tres observaciones importantes.

Es la primera que, aunque el artículo habla de liquidar y pagar la dote, el pago ó adjudicación ó restitución no se verifica aisladamente, ó sea antes de continuar las necesarias operaciones de la liquidación, sino cuando está totalmente terminada y se conoce su resultado. El pago ó adjudicación es siempre un tramite ó periodo posterior á la liquidación total, pues puede suceder que no haya ganancias, y no quepa por tanto que cobre con ellas la sociedad las deudas del capital de la mujer.

La segunda observación consiste en hacer constar que la liquidación de la dote ó parafernales ofrece dos aspectos distintos, porque una cosa es la liquidación de la dote en si misma por razón de los aumentos, deterioros ó subrogaciones que haya podido experimentar, y otra distinta la liquidación de esos bienes á los efectos de las relaciones entre la mujer y la sociedad.

La tercera observación consiste en que de los artículos siguientes 1422 al 1431, que la ley quiere sean también aplicables, sólo lo son: 1.º El 1422 en cuanto dispone que si el capital ó caudal inventariado no alcanza á cubrir la dote y parafernales de la mujer, y las deudas y obligaciones de la sociedad, se apliquen las reglas relativas á la graduación de créditos. 2.º El 1425, en cuanto declara que si hay ganancias con ellas se abonen las pérdidas ó deterioros sufridos, aun por caso fortuíto, en los bienes muebles privativos de cada cónyuge. 3.º El 1429 en cuanto pueda motivar alguna baja al verificarse la restitución. 4.º El 1430 por las deducciones que puedan resultar procedentes por razón de alimentos suministrados á la mujer ó sus hijos durante el periodo de liquidación.

La primera de estas observaciones tiende ante todo á hacer constar, que las deducciones que puedan proceder en la dote con arreglo á los arts. 1366 ó 1377, se han de consignar en la liquidación correspondiente que de ella se verifique; más comprendidas también á título de colación en el inventario como gananciales, segun el art. 1419, se cobran por la sociedad, mientras sea posible, al llegar el pago ó adjudicación del haber que por todos conceptos corresponda á la mujer, mediante adjudica-

ciones en vacío de dichos créditos gananciales que se colacionan en el inventario.

Hechas éstas observaciones, y en evitación de repeticiones innecesarias después del estudio hecho con relación á la dote y parafernales, nos contentaremos con exponer en este lugar un caso práctico.

A. aportó al matrimonio ó adquirió durante él en concepto de dote inestimada los bienes siguientes: En metálico 20.000 pesetas, en muebles y ropas 8.000, en créditos 40.000, en una casa 30.000, en una labor 40.000 y en una huerta 12.000. Total 150.000.

Durante el matrimonio 10.000 pesetas del metálico se emplearon en la compra de acciones de sociedades, y las otras 10.000 en atenciones diversas de la comunidad. Los muebles y ropas se sustituyeron por otros bienes equivalentes que se conservan deteriorados, valuándose en 5.000 pesetas. De los créditos fueron cobrados 25.000 pesetas, gastando 3.000 en su cobranza y quedan 15.000 sin haberse podido cobrar, á pesar de las gestiones del marido. En la casa se han hecho mejoras y reparaciones extraordinarias á costa del caudal común, invirtiéndose en ello 5.000 pesetas. Y en las fincas rústicas, la labor aumentó en 10.000 pesetas á consecuencia de la construcción de un ferrocarril, mientras que la huerta, por fuerza del río ú otro accidente fortuito, perdió 3.000. Además, se redimió durante el matrimonio un censo que gravaba dicha huerta de 1.000 pesetas de capital, y se pagaron deudas de la mujer anteriores al matrimonio por valor de 3.000 pesetas, sin constar la procedencia del dinero.

A la disolución del matrimonio, se practicará la liquidación en esta forma:

Dote aportada por la mujer....................		150.000

Aumentos.

Por exceso actual en el valor de la labor..	10.000	
Por id. id. en el valor de la casa..	5.000	
		15.000
Total..............................		165.000

Bajas.

Por pérdidas ó desmerecimiento en el total importe de la ropa y muebles, (que se abonarán después con los gananciales, si los hubiere, con arreglo al art. 1425.).	3.000	
Por disminución de valor en la huerta....	3 000	
		6.000
Hay que restituir, como capital propio de la mujer.		159.000

En las relaciones entre la mujer y la sociedad de gananciales, resulta aquélla deudora de las cantidades siguientes:

Por los gastos judiciales ó extrajudiciales en la cobranza de créditos dotales.	3000
Por lo invertido en la redención del censo	1000.
Por lo gastado en las reparaciones y mejoras hechas en la casa................................	5000
Por pago de deudas de la mujer anteriores al matrimonio......................	3000
Total............................	12.000

Liquidada así la dote ó el capital de la mujer, si en la liquidación general de la sociedad resultan gananciales, al llegar el pago ó adjudicación, se restituye íntegra la dote en esta forma:

En metálico, por haberse aportado en esa especie.	10.000
En metálico, por el importe de los créditos cobrados..	25.000
En muebles y ropas en el estado en que se encuentren, ó en otros equivalentes..................	5 000
En las acciones cobradas con parte del metálico aportado..	10.000
En créditos no cobrados...........................	15.000
En la labor..	50.000
En la casa...	35 000
En la huerta.......................................	9.000
Total..........................	**159.000**

Las 12.000 pesetas deducibles por deudas de la mujer, figurarán numéricamente en el inventario como gananciales en virtud de colación, para adjudicarlos en vacío á la mujer en su haber por gananciales, si los hubiese. Caso de no haberlos, ó no existir en cantidad suficiente, esa cantidad ó la parte necesaria habrá de deducirse ó descontarse al pagar la dote.

El resultado sería el mismo haciendo desde luego la total deducción en el capital propio de la mujer, porque la cantidad pagada de menos, figuraría entónces como efectiva entre los gananciales resultantes, y se adjudicaría en bienes reales y no en vacío. Lo que no puede ser en modo alguno es pagar la dote con esa rebaja, y después adjudicar en vácío los mismos créditos en su totalidad entre los gananciales, porque ésto equivaldría á hacerla abonar dos veces su deuda para con la sociedad, lo que es un absurdo.

II. *Deudas, cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales.*— Pagado el capital de la mujer, y antes de reintegrar el suyo al marido, ordena la ley que se paguen las deudas, cargas y obligaciones de la sociedad.

Estas cargas se especifican en los arts. 1408 al 1411. Claro es que se trata de las que se hallen pendientes de cumplimiento al terminar la sociedad de gananciales. Figuran en dichas cargas las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio, ó por la mujer en los casos en que puede legalmente obligar á la sociedad, ya procedan de préstamos, precio aplazado, donaciones prometidas á los hijos para su colocación ó carrera, gastos no satisfechos por servicios ú obras, reparaciones, contribución, cultivo, recolección, pérdidas en juegos lícitos, etc., y los réditos ó atrasos de las mismas deudas, pensiones de censos, rentas de arrendamientos, cargas de donaciones, pagaderas en frutos, etc., hasta el día de la terminación de la sociedad.

Al lado de estas deudas y cargas á favor de terceras personas, pueden existir otras derivadas de las relaciones de la sociedad con los mismos socios. Estas no figuran en este grupo, porque el total capital propio del marido ó de la mujer no puede

ser más que uno, y cuanto les deba la sociedad será sustitución de algo que ya les pertenecía ó formaba parte de ese capital, por cuya razón se paga al reintegrarles su correspondiente haber.

Así, si durante el matrimonio se vende una finca de la mujer para atenciones precisas de la sociedad, ésta debe á la mujer el precio, pero se le restituye como parte de su capital con arreglo al art. 1367, y por tanto, al pagarle, en virtud del 1421, su dote ó parafernales, y no como carga comprendida en el artículo 1422. Si la mujer adelanta á la sociedad determinada suma, ó esta se gasta durante la unión, evidentemente será porque formaba esa suma parte de su capital privativo en metálico, y en metálico se le devolverá, no en cumplimiento del art. 1422, sino del 1421. Si se vende en interés social una partida de ganado ó varias alhajas, hay que aplicar el art. 1372: ó con otro ganado, ó con otras alhajas, ó en metálico, se ha de pagar á la mujer. Si se construye un edificio en solar propio de uno de los cónyuges, ha de reintegrarse el valor del solar, pero éste formaba parte de su capital privativo, y con él se reintegra.

Pueden, pues, sentarse como reglas generales en esta materia:

1.ª Que todas las deudas de la sociedad para con el marido ó con la mujer, son cantidades que sustituyen á algo que formaba parte del capital privativo de los mismos, y se pagan al reintegrar éste, con arreglo á los arts. 1421 y 1423. Lo debido á la mujer por su participación en los bienes enajenados ó donados ilegal ó fraudulentemente por el marido, se paga con los gananciales, si los hay, ó á costa del capital del marido, ó en último término, exigiendo la colación real y efectiva mediante la declaración de nulidad de tales actos.

2.ª Que las deudas, cargas y obligaciones de la sociedad, á que se refiere el art. 1422, son todas á favor de terceras personas.

La ley preve el caso de que con todo el caudal inventariado no sea posible pagar por completo el capital de la mujer y las cargas de la sociedad, y entonces ordena que se observe lo de-

terminado en el título 17 del mismo libro 4.º, que trata de la concurrencia y prelación de créditos.

No puede haber cuestión respecto á bienes determinados, muebles ó inmuebles, propios de la mujer, y existentes en la sociedad al tiempo de su disolución. La mujer conserva su dominio, y tiene, por tanto, preferencia sobre cualquier acreedor, sin perjuicio de los gravámenes que ella misma hubiese impuesto y de las indemnizaciones en su caso, que puedan serle debidas por la sociedad.

Respecto á los bienes que ya no existan, el derecho de la mujer se ha transformado en un crédito contra la sociedad, cuya fecha es la correspondiente á la aportación ó adquisición, pues desde entonces dicha sociedad quedó obligada á la devolución del capital y se aprovechó de sus frutos ó de la utilidad que pudiesen producir.

En la dote estimada, la mujer es, desde su constitución, acreedora de su importe. En el caso, pues, de haberse cumplido la ley asegurando la devolución del capital de la mujer con hipoteca suficiente, no renunciada ni pospuesta después, la mujer debe gozar completa preferencia, salvo la que en su caso puedan tener los créditos del Estado ó de los aseguradores, con arreglo al art. 1923.

A falta de hipoteca, la mujer que no cuidó de asegurar su derecho, á pesar de la protección que quiere dispensarle el legislador, no puede quejarse de quedar pospuesta á otros acreedores, ya en virtud del art. 1922 ó del 1924. En igualdad de circunstancias, por razón de la naturaleza del crédito y del documento, la mujer tendrá de ordinario preferencia, por la antigüedad de la fecha de su crédito, pues tratándose de bienes aportados al matrimonio, los créditos de terceros acreedores, de la sociedad han de ser posteriores.

Como complemento de esta doctrina, deben consultarse los artículos referentes á la concurrencia y prelación de créditos.

Aun cuando con relación á Cataluña, y á un matrimonio celebrado, no sólo con anterioridad al Código, sino también á la pu-

blicación de la ley Hipotecaria, tiene gran analogía con la cuestión á que da lugar el art. 1422, la resuelta por el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de Octubre de 1903. Embargados bienes de la herencia del marido para pago á un tercero de un crédito contraído durante el matrimonio, la viuda interpuso tercería para que se declarase su mejor derecho por razón de la dote aportada á la unión, que constaba de capitulaciones matrimoniales no inscritas en el Registro de la propiedad. La sentencia declara el preferente derecho de la mujer.

III. *Capital del marido.*—Supone la ley completamente reintegrados, á la mujer por su capital dotal ó parafernal, y á los acreedores de la sociedad de gananciales, y sólo entonces dispone que se liquide y pague el capital del marido, hasta donde alcance el caudal inventariado.

Como hemos expuesto anteriormente, la liquidación de la sociedad, en general, precede al pago ó adjudicación á cada interesado, y demuestra ya hasta donde puede alcanzar el caudal inventariado. Si el resto de éste, deducido el importe del capital de la mujer y el de las deudas de la sociedad, es conocidamente inferior al capital del marido, no hay necesidad de continuar la liquidación, sino proceder al pago de las atenciones preferentes, y adjudicar al marido cuanto reste, sufriendo él solo todas las pérdidas resultantes, por suponerse que provienen de su administración y que su responsabilidad compensa los derechos que la ley le confiere durante el matrimonio.

Para liquidar y pagar el capital del marido, cuando haya bienes suficientes, se procede, según el art. 1423, haciendo las rebajas que correspondan, por las mismas reglas que, respecto de la dote, determina el art. 1366.

El art. 1366 se refiere á la dote estimada. ¿Quiere esto decir que las aportaciones y adquisiciones privativas del marido se entienden hechas siempre, y sin necesidad de manifestación alguna de la voluntad, con estimación que causa venta, debiéndosele de derecho, no los mismos bienes sino su valor? Decididamente optamos por la negativa: hay en nuestra opinión un error

de cita y nada más. El capital del marido se liquida y paga cuando hay para ello bienes suficientes, siguiendo las mismas reglas que respecto á la dote se determinan, no en el art. 1366 sino en el 1377. Así se establecía en el art. 1345 del proyecto de Código de 1851, así lo dicta la razón y así se deduce de la naturaleza misma de la cuestión y de otros preceptos del Código.

En efecto; ¿quién recibe, así como á título de compra, los bienes del marido? ¿Quién se obliga á pagarle su valor en metálico? ¿Á quién pasarían esos bienes al disolverse la sociedad si no hubieran de entregarse al mismo marido? ¿Se convertirán *ipso facto* en gananciales? ¿Puede el marido, que es el administrador de sus bienes, exigir el reintegro de su total valor aunque se pierdan ó deterioren por caso fortuíto y aun tal vez por su culpa? Estas preguntas por sí solas demuestran la imposibilidad de equiparar á una dote estimada las aportaciones ó adquisiciones del marido.

La dote estimada es una forma anormal de su constitución que no se concibe si no consta de un modo expreso, y sólo se admite en beneficio de la mujer. Tiene su razón de ser, porque los bienes dotales se administran por el marido, y porque la restitución de su valor se asegura con hipoteca. Así la mujer no debe perder nunca lo que aporta al matrimonio, sean las que fueren las consecuencias de una mala administración. Pero el marido á quien la ley asigna lo que reste de los bienes hasta cubrir á ser posible su capital, ¿cómo va á exigirse á sí mismo un reintegro imposible del total valor que aportó?

Se dirá que la ley no pretende tanto, bastándole que las *rebajas que correspondan*, se lleven á efecto por las reglas del artículo 1366. Esto es ciertísimo: al marido se le paga con los bienes que queden, sin que haya de ser en metálico; pero las bajas, ¿son las indicadas con relación á la dote estimada? Tampoco es posible esta inteligencia, porque las rebajas procedentes están en relación con la naturaleza de la dote, y por eso no son iguales los artículos 1366 y 1377. Si al marido se le ha de pagar en

los mismos bienes que aportó en cuanto existan, no puede prescindirse del aumento ó disminución de valor que hayan experimentado, ni de las causas de tal alteración, ni de las relaciones de su capital con la sociedad de gananciales, y si todo esto se ha de tener irremediablemente en cuenta, las rebajas han de guardar evidentemente más relación con las reglas de la dote inestimada que con las de la estimada, como que al fin no se liquida un crédito de una cantidad determinada, sino un capital, un cúmulo de bienes diversos que, durante el matrimonio, ha podido experimentar alteraciones de importancia.

Cuando la ley en el art. 1396 habla de bienes privativos del marido por subrogación ó sustitución (permuta, retracto, compra); cuando en el art. 1408 considera carga extraña á la sociedad de gananciales las reparaciones mayores en los bienes del marido ó de la mujer; cuando el 1399 habla de cargas deducibles en las donaciones onerosas que formen parte del capital del esposo; cuando en el 1404 supone que son gananciales los gastos útiles en bienes de alguno de los cónyuges, y los edificios en solar no ganancial sino propio; cuando, en fin, el 1425 determina que los deterioros ó pérdidas por caso fortuíto, si recaen en bienes inmuebles privativos, nunca serán abonables, y si afectan á bienes muebles se pagan con los gananciales, si los hubiere, claramente indica que del capital de la mujer siendo la dote inestimada, y del capital del marido siempre, no sólo son baja las deudas anteriores al matrimonio pagadas por la sociedad, y la dote constituída á las hijas en cuanto sea imputable sólo al capital propio, como quiere el art. 1366, sino también los gastos hechos por reparaciones mayores, ó por mejoras en bienes propios del esposo, las cargas cumplidas por la sociedad de gananciales en interés del marido donatario ó heredero, las pérdidas ó deterioros ocurridos por caso fortuíto en el caudal del mismo, y en general, todas las costas y gastos, deudas, obligaciones y cantidades que sean á cargo exclusivo de ese capital, y por las que, ó se deba una indemnización á la sociedad, ó se imponga una baja determinada.

Si la mujer aporta en dote estimada mil fanegas de grano, dos pares de mulas, ropas y vestidos en abundancia y una huerta, le es indiferente que el grano sea robado, las caballerías mueran, los vestidos desaparezcan en un incendio, y la huerta sufra deterioros considerables. En todo caso se le restituye el valor de lo aportado sin deducción alguna por tales conceptos. Mas, si al pasar todos esos bienes al marido por razón de su estimación, tampoco proceden esas bajas, por no comprenderse en el art. 1366, y no concebirse en las dotes estimadas, ¿quién sufre tales pérdidas? No siendo posible hacerlas recaer en todo ni en parte sobre la mujer ni sobre el marido, habría de resultar que nadie las sufriría, lo cual es absurdo, ó supone una nueva y grave carga de la sociedad de gananciales, no expresada en ningún artículo del Código, y que en último término recaería en perjuicio de la mujer.

Juzgamos, pues, equivocada en el art. 1423 la cita del 1366, y estimamos que la liquidación y pago del capital del marido ha de hacerse, siguiendo, en cuanto puedan ser aplicables, las reglas relativas á la liquidación y pago de la dote inestimada de la mujer, determinadas en el art. 1377, al que aquel ha debido referirse.

IV. *Gananciales.*—Hechas en el caudal inventariado las deducciones correspondientes al capital de la mujer, á las deudas y obligaciones de la sociedad y al capital del marido, el remanente del mismo caudal constituye el haber de la sociedad de gananciales. En efecto; devuelto á cada socio su capital propio, y pagadas todas las deudas, cuanto quede es ganancia.

Antes, sin embargo, de proceder á la división de esas ganancias, el legislador dicta en el art. 1425 una regla justa que tiende á evitar que ninguno de los cónyuges sufra un perjuicio innecesario.

Con arreglo al art. 1360, al conservar la mujer el dominio de la dote inestimada, sufre el deterioro ó perjuicio que pueda resultar á dichos bienes, á no provenir de culpa ó negligencia del marido. Esta regla se aplica del mismo modo á los bienes

parafernales, y sin la excepción, al capital del marido, puesto que no es más que la expresión de un principio general: la cosa pierde, gana ó perece para su dueño.

Como consecuencia de esta regla, los bienes determinados que constituyen el capital de la mujer y el del marido, se devuelven á su respectivo dueño al terminar la sociedad conyugal en el estado en que se encuentren, y si por muerte, incendio ú otro accidente, falta algún bien ú objeto específico, falta para su propietario y no se le puede devolver.

Pero cuando en la sociedad existen ganancias, la ley estima acertadamente que antes de partirse esa utilidad, es justo indemnizar á cada cónyuge los perjuicios ó las pérdidas que, aun por caso fortuíto, hubiere experimentado en su capital. En efecto, el caudal del marido, por ejemplo, ha sufrido pérdidas ó deterioros de importancia que rebajan su importe en 15.000 pesetas, mientras que el de la mujer apenas ha experimentado alteración ó ha tenido aumentos. Resultan de gananciales 20.000 pesetas. Si éstas se dividen por igual entre ambos cónyuges, la mujer percibirá íntegro ó aumentado el capital que llevó al matrimonio, y 10.000 pesetas más, mientras el marido, á pesar de existir ganancias, recibe menos de lo que aportó, pues el total de tales ganancias no alcanza á reintegrarle su capital. En esta situación, la ley quiere que se abonen al marido las 15.000 pesetas que tuvo de pérdidas en sus bienes muebles, y se partan entre ambos cónyuges las 5.000 pesetas restantes.

Esta regla excepcional sólo se aplica á las pérdidas ó deterioros que hayan sufrido durante la unión los bienes muebles determinados, propios de alguno de los cónyuges. No tiene, pues, aplicación:

1.° Á los bienes inmuebles. En ellos el párrafo segundo del art. 1425 mantiene el rigor de la doctrina general: las pérdidas ó deterioros afectan á su dueño sin derecho á indemnización alguna, salvo el caso de provenir de la culpa ó negligencia de un tercero, que siempre quedaría obligado á reparar ó indemnizar el daño ó perjuicio ocasionado con sus actos ú omi-

siones. Como consecuencia, prescindiendo de las relaciones que puedan existir con personas extrañas á los esposos, el marido que administra sus propios bienes no puede pretender nunca indemnización por las pérdidas ó deterioros que experimenten sus bienes inmuebles. En igual caso se encuentra la mujer respecto á los parafernales cuya administración se reservó. Pero cuando se trata de bienes de la mujer administrados por el marido, y las pérdidas ó deteriores son ocasionados por culpa ó negligencia de éste, procede, desde luego, indemnización, según lo dispuesto en los artículos 1360 y 1373.

Aquí puede ocurrir una duda. La indemnización debida á la mujer en los casos citados, proveniente de culpa del marido, ¿debe pagarse en el sistema de gananciales por el marido ó por la sociedad? Entendemos que se trata de una responsabilidad personal y privativa del marido, que no debe gravar la sociedad, pues al imponerse á ésta como carga, resultaría la mujer responsable en parte por actos ú omisiones sólo imputables á su esposo, siendo indemnizada á medias, sin culpa alguna, por su parte. La indemnización constituirá, pues, en tal caso, una baja en el haber propio del marido después de liquidado y determinado, como sus deudas anteriores al matrimonio, y las multas y condenas pecuniarias á él impuestas, cuyo pago aun se halle pendiente.

2.º Á las cantidades y cosas no específicas en cuanto no pueda ser determinada su pertenencia de un modo seguro y exacto. El género y la cantidad no perecen nunca. Esta regla no puede ser, sin embargo, absoluta, más que en cuanto realmente el género ó la cantidad merezcan ese concepto. Si un particular guarda en su cartera 1.000 pesetas, ó quinientas fanegas de trigo en su granero, y aquéllas le son robadas, ó éstas desaparecen en un incendio, pierde indudablemente lo que tenía, para él perece el género porque está convertido en una cosa determinada. En la materia que nos ocupa debe tenerse presente la misma distinción.

El art. 1425 habla de bienes muebles en general, y en gene-

ral también se expresa el 1360, sin distinción alguna entre cosas genéricas ó determinadas; pero la limitación resulta de la misma naturaleza de las cosas. El metálico y los bienes fungibles, ya pertenezcan al marido ó á la mujer, ó á la sociedad, se mezclan y confunden, y así, si se pierden en parte por caso fortuíto, no puede determinarse á quien corresponde la pérdida, y por lo mismo, no cabe hacer, por tal concepto, bajas en el capital del marido ni en el de la mujer, aunque pierden ambos porque pierde la sociedad. Pero si en ésta, á raíz del matrimonio sólo existen 20.000 pesetas en metálico, billetes ó acciones aportadas por la mujer, y se roban ó pierden por causa fortuíta, las pierde la mujer y se bajan de su capital con arreglo al art. 1360, porque esa cantidad es realmente una cosa determinada, cuya pérdida sólo puede ser imputada á su único dueño conocido.

Creemos que esta es la regla que se deriva directamente del precepto del art. 1360, y que sólo cuando no resulten determinadas de un modo claro y preciso las cosas perdidas ó deterioradas, debe aplicarse como supletoria la regla del art. 1687, que determina que en las sociedades ordinarias el riesgo de los bienes fungibles aportados es de la sociedad.

Ahora bien: si la sociedad gasta el metálico ó consume los bienes fungibles, aunque una y otra cosa se pierde, la cuestión es distinta. Á los efectos de la restitución, lo gastado ó consumido se sustituye por otro tanto de la misma especie y calidad, y la sociedad responde de ello puesto que de ello se aprovecha, lo cual no encaja en la materia propia del artículo que examinamos.

Cuando la dote es estimada no cabe pérdida ni deterioro para la mujer, pues á sus bienes sustituye un crédito contra el marido, que ha de serle pagado á la terminación de la sociedad, sin más deducciones que las expuestas en el comentario del artículo 1366. Las pérdidas ó deterioros que experimenten los bienes que constituían esa dote, recaerán sobre el marido que pasa á ser su dueño.

Supongamos ahora que tratándose de bienes muebles deter-

minados, la pérdida ó deterioro ocurre por culpa del mismo propietario ó del administrador, y que existen ganancias. ¿Será aplicable el párrafo primero del art. 1425? Estimamos que no. El daño proveniente de culpa ó negligencia debe recaer exclusivamente sobre aquél que lo produjo. El legislador sólo se refiere á las pérdidas ó deterioros, extraños á la voluntad y á los actos ú omisiones de los interesados. Si la mujer destruye un aderezo intencionalmente, si el marido revienta un caballo suyo, si por culpa del esposo se ocasiona un deterioro grave en bienes muebles de la mujer, aunque haya gananciales no se destinan á indemnizar tales pérdidas, que, ó las sufre su propietario en los dos primeros casos, ó se indemnizan por el marido á costa de su propio caudal en el último, con estricta sujeción á los artículos 1360 y 1373. La sociedad de gananciales es extraña á la cuestión, no responde nunca de daños procedentes de la exclusiva culpa de uno de los asociados.

¿Pueden compensarse las pérdidas ó deterioros con los aumentos que resulten en otros bienes del mismo interesado? Si determinadas acciones de sociedades pertenecientes á la mujer han experimentado alza considerable, mientras algunas alhajas han sufrido gran depreciación, ¿deberá indemnizarse esta pérdida con los gananciales, ó se entenderá compensada con aquellos aumentos? La ley no distingue; haya ó no en otros bienes aumentos, las pérdidas ó deterioros son en su caso indemnizables con las ganancias.

Determinada ya la esfera de acción del art. 1425, y hechas con arreglo á él las deducciones ó indemnizaciones procedentes, el remanente líquido constituye las verdaderas ganancias que, con arreglo al art. 1426, deben partirse por mitad entre el marido y la mujer ó sus respectivos herederos.

Tal es el precepto legal. Las capitulaciones matrimoniales pueden alterarlo, estableciendo que la división de las ganancias se verifique en proporción al capital de cada cónyuge ó teniendo en cuenta bases determinadas. Lo que no es posible es pactar que todas las ganancias hayan de pertenecer á uno sólo de los

esposos, pues además de ser contrario tal pacto á la naturaleza de la sociedad de gananciales, se halla prohibido terminantemente en el art. 1691, que debe estimarse aplicable con arreglo á lo dispuesto en el art. 1395.

Sobre la manera de llevar á efecto la partición de los gananciales, nos referimos á lo expuesto en el comentario de los artículos 1061 al 1063, que resultan los aplicables con arreglo á lo establecido en el art. 1708, supletorio en esta materia, según el citado 1395.

Como en el inventario de los bienes comunes figuran, según dijimos al comentar el art. 1419, los créditos de la sociedad contra cualquiera de los esposos por cuantas indemnizaciones les sean debidas, esos créditos, al llegar el momento del pago á cada uno de ellos ó á sus herederos, se adjudican al cónyuge deudor extinguiéndose así por confusión.

Pueden, al efecto, seguirse varios procedimientos. Supongamos que existen como gananciales 30.000 pesetas, y que de ellas 10.000 constituyen la suma de las deudas de la mujer en favor de la sociedad. El procedimiento más natural consiste en dividir por mitad los gananciales, adjudicando al marido 15.000 pesetas en bienes efectivos, y á la mujer 10.000 en vacio, ó sea en su deuda, y 5.000 en efectivo. Cabe también que el marido tome 10.000 de la masa, en compensación del débito de su esposa, y los 10.000 que en ella queden, se dividan después por mitad entre ambos cónyuges ó sus herederos. El resultado es siempre el mismo.

Cuando la sociedad debe á uno de los cónyuges, y éste á su vez debe á la sociedad, puede establecerse la compensación hasta el límite procedente, fijando la cantidad líquida que como deuda ó crédito resulte. Así, si el marido debe 10.000 á la sociedad por pago de deudas de una herencia que recibió y la sociedad debe al marido 6.000 por venta de una finca propia de éste, cuyo precio se invirtió en el cumplimiento de cargas comunes, quedará fijado el crédito de la sociedad en 4.000, compensándose con la deuda en todo lo demás. No hay, sin embargo, necesidad

de proceder así; el resultado es idéntico reintegrando por completo al marido su capital, y adjudicándole después, en vacío, entre su parte de gananciales, el total de su deuda.

Suponemos en todos estos casos que hay bienes gananciales de sobra para proceder en esa forma, que es la más conforme á la ley, en vista del precepto del art. 1419; pero puede suceder que no ocurra así, y que las ganancias resultantes sean iguales ó inferiores al importe de los créditos colacionados numéricamente.

Reintegrado el capital de la mujer y del marido, y pagadas las deudas de la sociedad, quedan, con arreglo á la liquidación, como ganancias, 10.000 pesetas, cuya suma es precisamente el importe de una indemnización debida por el marido á la sociedad por reparaciones mayores hechas en sus fincas. En este caso, corresponden 5.000 á cada cónyuge, y el marido toma su parte en vacío y debe entregar á la mujer las 5.000 restantes en metálico ó en los bienes que se convenga á costa de su capital. Este resultado, previsto ya en la liquidación de la sociedad de gananciales, antes por consiguiente de proceder al pago ó adjudicación á cada interesado, se obtiene del mismo modo adjudicando al marido en parte de pago de su capital propio el importe total de su adeudo, con lo que quedarán después las mismas 10.000 pesetas en bienes reales y efectivos, y se partirán por igual entre ambos cónyuges ó sus herederos.

Análogamente ha de procederse cuando á pesar de todas las colaciones no resulten ganancias. Se impone en tal caso la colación real de los créditos por no bastar la colación ficticia, para que exista en la masa cuanto se tiene que adjudicar, ó el pago en efectivo al cónyuge perjudicado. Debe el marido las mismas 10.000 que antes hemos supuesto y no hay ganancias ni pérdidas: ó aporta á la masa esas 10.000, ó se le adjudican en vacío como parte de su capital. Si no sólo no existen ganancias, sino que resultan pérdidas en la liquidación, el procedimiento es el mismo, recayendo además la pérdida en el marido con arreglo al art. 1423.

Pero, si apurando los supuestos, el marido ó no tiene capital propio, ó no alcanza el caudal inventariado para reintegrárselo, no queda otro recurso que adjudicar el crédito que contra él resulte á la mujer ó á sus herederos, ó á los acreedores de la sociedad para que cobren cuando puedan y como puedan. Se han pagado deudas del marido anteriores al matrimonio por la suma de 10.000 pesetas con bienes gananciales que entonces existían; ni aportó capital ni resultan después ganancias; no es posible que colacione esa suma realmente, no cabe adjudicársela en vacío; no hay más recurso que adjudicar el crédito que contra él resulte, sea la que fuere su suerte, á quien corresponda con arreglo á los arts. 1421 y 1422. Si la deuda en tales circunstancias fuese de la mujer, el crédito de la sociedad se adjudicará á los acreedores ó al marido, según el resultado de la liquidación.

El importe de las enajenaciones fraudulentas y de las donaciones ó actos ilegales realizados por el marido durante el matrimonio, que también ha de figurar numéricamente en el inventario, sufre vicisitudes análogas á las expresadas, como que al fin es un crédito contra el marido y en favor de la sociedad. Si, á pesar de todo, la mujer ó sus herederos resultan perjudicados, se impone la necesidad de entablar la acción correspondiente contra terceros, preparada ó no con anterioridad como expusimos en su lugar, para que se restituyan los bienes donados ó enajenados ilegalmente, á la masa común y obtener con ellos la debida indemnización.

V. *Relaciones de los socios entre sí.*—La liquidación de la sociedad de gananciales puede decirse terminada al fijar la parte de ganancias correspondiente á cada cónyuge.

Pero no por eso deben entenderse agotadas todas las operaciones necesarias á fin de determinar exactamente el haber propio de cada interesado, como acto previo é indispensable para proceder en su caso á la partición de la herencia del cónyuge premuerto. Falta aún establecer las relaciones resultantes de la sociedad entre los mismos asociados.

Tanto el haber del marido como el de la mujer se forma con

su capital propio mas la mitad de los gananciales, hechas las deducciones, aumentos ó compensaciones procedentes. Ahora bien; si uno de los esposos es deudor del otro bajo cualquier concepto, debe completarse la liquidación de su haber con las bajas ó aumentos que de las mútuas relaciones entre los esposos resulten.

Los bienes muebles ó inmuebles de la mujer, administrados por el marido, han experimentado por culpa de éste pérdidas ó deterioros. Convenidos los esposos en constituir por mitad con sus bienes propios la dote de una hija, se paga después sólo con el capital de uno de ellos. Apremiando un acreedor al marido por deudas anteriores al matrimonio, se vende una finca de la mujer, realizando el pago con su precio. En todos estos casos y otros análogos, el importe de las deudas de un cónyuge, constituye una baja de su haber, y un aumento en el correspondiente al cónyuge acreedor.

Aparte de esto, previene el art. 1427, que disuelto el matrimonio por muerte del marido, del caudal de la herencia de éste deben costearse los vestidos de luto para la viuda, teniendo en cuenta la clase y fortuna de los interesados.

Este artículo equivale en el sistema de gananciales, al último apartado del 1379 dictado como una de las reglas de la restitución de la dote. La materia es sencilla y de escasa importancía, por lo que nos referimos á lo que quedó expuesto en el comentario de dicho artículo.



De la enajenación de los bienes privativos de los cónyuges, y de los bienes gananciales durante la liquidación de la sociedad, é inscripción de unos y otros, nos ocuparemos en el comentario del art. 1428.

En cuanto á la forma requerida para la validez de las operaciones relativas á la expresada liquidación, véase lo expuesto en el comentario de los arts. 1056 al 1060 referentes á la partición, materia íntimamente relacionada con la presente, y más

aún en el caso de disolverse por muerte de uno de los cónyuges la sociedad de gananciales. Consúltese también el art. 1428 en cuanto á los requisitos exigidos para la formación del inventario.

C) *Códigos extranjeros.*—De los códigos que hemos examinado, que aceptan el sistema de gananciales, solo el de Uruguay coincide con el nuestro en los artículos que acabamos de examinar. Los demás códigos, aunque aceptan en el fondo la misma doctrina, la expresan de distinto modo, y no establecen el orden claro y gradual con que ha de procederse á la liquidación de la sociedad de gananciales.

Corresponden respectivamente á nuestros arts. 1421 al 1424, 1426 y 1427, los 1966, 1967, 1968, 1969, párrafo primero, 1971 y 1972. El 1968, relativo al capital del marido, no alude á las rebajas procedentes en la dote estimada, sino en general á las reglas para la restitución de su haber dotal á la mujer. El segundo párrafo del art. 1969, correspondiente á nuestro artículo 1425, señala sólo la regla general: salvo culpa ó negligencia, las pérdidas ó deterioros se sufren siempre por el propietario, conformándose en esto con el art. 1771 del código de Chile. Según el art. 1973, el legado hecho por un cónyuge al otro, no se imputa á la mitad de gananciales de éste, lo cual es evidente porque nadie puede disponer de lo que no le pertenece.

Los códigos de Guatemala y República Argentina, son en extremo concisos en este particular; apenas si pueden señalarse en ellos los arts. 1157 y 1315 respectivamente, como concordantes de nuestro art. 1426.

En el código de Venezuela, el art. 1408, sin distinguir entre bienes muebles ó inmuebles, repite la declaración del primer párrafo de nuestro art. 1425.

El art. 1407 dicta la regla general siguiente: «Cada cónyuge, por sí ó por sus herederos, sacará de la masa las especies ó cuerpos ciertos que les pertenezcan y los valores que constituyan el resto de su haber, deduciendo previamente lo que deban á la sociedad y al otro cónyuge.»

El código de Méjico sustituye á nuestros arts. 1421 al 1424, el 2193, según el cual, «terminado el inventario se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, se entregará á cada cónyuge lo que llevó al matrimonio, y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los esposos por mitad. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de éstas se deducirá por mitad de lo que cada consorte hubiere llevado á la sociedad; y si uno solo llevó capital, de éste se deducirá el total de la pérdida.»

Los arts 2198 y 2199 concuerdan con el 1425 del nuestro, el 2194 con el 1426 y el 2200 con el 1427.

El código de Chile, por último, aparte lo expuesto antes, y concordar su art. 1774 con nuestro art. 1426, dice en su artículo 1777, conforme en el fondo con el 1411 del de Venezuela: «La mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta la concurrencia de su mitad de gananciales.»

ARTÍCULO 1428

En cuanto á la formación del inventario, reglas sobre tasación y venta de bienes de la sociedad de gananciales, garantía y afianzamiento de las respectivas dotes y demás que no se halle expresamente determinado por el presente capítulo, se observará lo prescripto en la sección quinta, capítulo 5.º, título 3.º del libro tercero, y en la segunda y tercera, capítulo 3.º de este título.

A) *Comentario.*—En los artículos anteriores se han dictado reglas para la liquidación y disolución de la sociedad de gananciales, y en el presente se determinan las que han de servirles de complemento en los casos á que el mismo artículo se refiere. Examinaremos esas referencias, completandolas con otras que conducen al mismo fin.

En general son reglas supletorias, en cuanto se refiere á la sociedad de gananciales, las del contrato de sociedad, segun determina el art. 1395, y á su vez, segun el 1708, la partición en-

tre socios se rige por las reglas de la relativa á la herencia, así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan.

Aparte esta referencia general, existen otras especiales. En cuanto á garantía y afianzamiento de la dote y restitución del capital de la mujer y del marido, desde luego se aplican, según los arts. 1421, 1423 y 1428, las disposiciones relativas á la dote, contenidas en el capítulo tercero, secciones 1.ª, 2.ª, y 3.ª del título que examinamos; pues aun cuando el art. 1428 se refiere sólo á las secciones 2.ª y 3.ª, precisamente cuanto trata de garantía se contiene en la sección 1.ª Ya sabemos que aun disuelta la sociedad conyugal y hasta obtener la debida restitución, puede exigirse la hipoteca legal correspondiente.

En las relaciones entre el derecho de la mujer á la devolución de su capital, y el de los acreedores de la sociedad para obtener el cobro de sus créditos, rigen las reglas relativas a la concurrencia y prelación de créditos.

Por último, en cuanto hace relación á la formación de inventario, tasación y venta de bienes de la sociedad de gananciales, el artículo que estamos comentando se refiere á lo expuesto en la sección quinta, capítulo 5.º, libro 3.º, tít. 3.º, cuya sección se ocupa del beneficio de inventario y del derecho de deliberar. Por la importancia que tienen, examinaremos con separación dichos puntos como también el relativo á la administración de los bienes durante la liquidación de la sociedad de gananciales.

I) *Beneficio de inventario.—Inventario judicial.*—Las reglas establecidas en los artículos 1421 á 1424 demuestran claramente que la mujer sólo puede ser perjudicada, en casos normales, en virtud de la sociedad de ganancias, cuando sobrevenga, á tenor del art. 1422, una especie de concurso de acreedores, y no existan los bienes que aportó ó adquirió privativamente, ni tenga asegurados sus derechos con hipoteca, Las pérdidas sociales recaen siempre sobre el marido, que es legal y normalmente el administrador.

En cuanto á la mujer, puede suceder que no reciba ganancia

alguna; pero fuera del caso expresado, y por lo que afecta á su capital, tampoco puede sufrir pérdidas. Si en alguna circunstancia, después de terminada la liquidación, aparecen nuevos acreedores de la sociedad, antes no conocidos, no habiendo gananciales tal hecho no la afecta, y habiéndolos, en el caso expuesto se rectificará la liquidación y podrá perder toda su parte de ganancias, pero nada más. En favor de la mujer establece la ley una especie de beneficio de inventario, sin necesidad de que expresamente manifieste su voluntad. La mujer, pues, mientras no renuncie, se entiende siempre que acepta, y acepta con todos los beneficios legales. Por esto dijimos que la renuncia de la mujer á los gananciales no afecta á los acreedores de la sociedad, sino sólo á sus acreedores particulares.

En cuanto al marido, las circunstancias varían por completo. Como los créditos contra la sociedad han de ser pagados con preferencia al reintegro de su capital, resulta que responde del pago de esas deudas, no sólo con su parte de ganancias, sino con todo su privativo caudal. La renuncia de los gananciales, (gananciales que no existen mientras no se hallen íntegramente pagados los acreedores de la sociedad), sólo puede afectar á sus acreedores particulares. ¿Puede aceptar el marido á beneficio de inventario los efectos de la sociedad, para dejar á salvo su capital pagando sólo hasta el límite de las ganancias? Desde luego no; en todo caso determina la ley que mientras existan acreedores de la sociedad el marido no recobra su capital, y declaración tan terminante, deducida rectamente de los artículos 1422 y 1423, no se halla claramente contradicha ni modificada en ninguna otra parte del Código. Acepta de un modo forzoso las consecuencias de la sociedad, salvo su derecho á renunciar las ganancias, si las hubiere, y acepta siempre puramente. Es un deudor que puede presentarse en concurso, pero nada más.

En cuanto á los herederos, véase lo expuesto en el comentario del art. 1418. Aparte el derecho que les asiste para renunciar los gananciales, es evidente que pueden aceptar á beneficio de inventario la herencia de su causante, dejando á salvo sus

propios bienes, pero no parte alguna de los de su causante. El caso es completamente distinto y pone también de manifiesto la exactitud de las consecuencias antes deducidas con relación al marido en esta cuestión.

Como en la realidad las consecuencias de la sociedad se aceptan siempre legalmente á beneficio de inventario por la mujer, ésta no pierde sus derechos privativos contra ella. Como el marido siempre se entiende que acepta puramente, sólo puede hacer valer tales derechos cuando están cumplidas todas, absolutamente todas las obligaciones de la sociedad.

La cita, pues, en el art. 1428, de la sección del Código, destinada al beneficio de inventario y derecho de deliberar, no significa, por lo tanto, que haya necesidad de expresar en un término breve la voluntad de aceptar en una forma determinada.

¿Será, sin embargo, preciso que el inventario se verifique judicialmente?

Entendemos que no puede interpretarse de un modo tan absoluto la cita general y expuesta á confusiones que se hace en el art. 1428, pues entender que, en todo caso, habiendo ó no acreedores, conformes ó no los interesados, se les impone el deber de acudir á la autoridad judicial, sería exigir trámites tan inútiles como costosos y molestos. Desde el momento en que ni el marido puede aceptar á beneficio de inventario, ni la mujer admitir sin ese beneficio, las formalidades de los artículos 1013 y siguientes tienen sólo un valor relativo. En la práctica, el inventario sólo se hace judicialmente en casos excepcionales: ¿es que la práctica, desde la vigencia del Código, camina por un falso sendero, siendo realmente nulos todos los inventarios no judiciales que á diario se formalizan?

No hay tal. Conformes los cónyuges ó sus herederos, y los acreedores cuando los haya, el inventario que extrajudicialmente practiquen, es, desde luego, válido, como son válidas hasta las enajenaciones de bienes gananciales que con esa condición de conformidad se verifiquen. Sólo en interés de todos los partícipes, y para mayor garantía de los mismos, se establece el in-

ventario judicial. Si los interesados no necesitan esa garantía, si nadie puede reclamar contra al acto porque todos le aceptan, la ley no puede oponerse á su unánime voluntad; lo más que hace es afirmar lo preceptuado en los códigos de Chile y Uruguay: el inventario y tasación que se hubiesen hecho sin solemnidad judicial no tendrán valor en juicio sino contra el cónyuge, los herederos ó los acreedores que los hubiesen aprobado y firmado.

Relacionada esta materia con todo lo referente á la herencia, en su caso, del cónyuge premuerto, el inventario habrá de ser judicial cuando así lo solicite parte legítima, ó cuando proceda el juicio necesario de testamentaría. Por analogía con los preceptos relativos á esta materia, también procederá la intervención judicial en identidad de circunstancias cuando la sociedad de gananciales termine por causa de separación de bienes ó por nulidad del matrimonio.

II. *Enajenaciones de bienes privativos de los cónyuges y de bienes gananciales durante la liquidación de la sociedad.*—Prescindiendo de lo relativo á la formación de inventario y avalúo de bienes, punto del que nos ocupamos en el comentario de los artículos 1013 al 1016, y al que nos hemos referido en el 1418, expresamente alude también la ley á la forma de proceder en la venta de bienes de la sociedad, alusión que claramente se refiere al artículo 1030.

En esta parte se impone una distinción. Había en la sociedad bienes privativos de cada cónyuge y bienes gananciales. Sólo á éstos alcanza la limitación que para los actos de enajenación establece la ley. En cuanto á los demás, que siguen siendo del mismo cónyuge á quien pertenecían, quedan fuera de la esfera de acción del art. 1428 en relación con el 1030.

Así al menos lo ha entendido antes y después de regir el Código la jurisprudencia: «Respecto á los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges á título gratuíto durante el matrimonio, y de los aportados por el marido ó por la mujer, si estos últimos no hubiesen sido entregados á aquél, dice el señor

Escosura, es indudable que aun después de disuelta la unión, y sin que preceda su liquidación, puede enajenarlos el que los tenga inscritos á su favor, porque no son bienes de la *sociedad conyugal*. (Resoluciones de 24 de Abril de 1885, 15 de Junio de 1892 y 4 de Enero de 1893.)»

En efecto, según la primera de las citadas Resoluciones, «si el dominio de bienes adquiridos por título lucrativo, durante el matrimonio, por alguno de los cónyuges, no pasa á la sociedad conyugal, sino que se conserva en el particular de aquél, es evidente que la disolución de tal sociedad no modifica en nada la capacidad para disponer libremente de ellos, ni envuelve la necesidad de que se le adjudiquen, ni aunque esta adjudicación se hiciera, procedería su inscripción por ser ociosa y redundante, ya que consta inscrito su dominio».

Abundando en la misma doctrina, la Resolución de 4 de Enero de 1893 declara que, tratándose de bienes adquiridos por el marido en virtud de herencia durante el matrimonio, tiene, siendo ya viudo, capacidad para venderlos por sí solo, sin necesidad de que preceda la liquidación de la sociedad.

Consecuencia es esta doctrina de lo establecido por la misma Dirección, respecto á inscripción de las adjudicaciones hechas á consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales. Los bienes que se inscriben como peculiares del marido ó de la mujer, si después se adjudican al mismo á quien ya pertenecían, en pago de su caudal propio, no sufren la menor alteración en su dominio. Por esto, en los bienes dotales inestimados, muerto el marido, no hay necesidad de inscripción nueva á favor de la mujer, bastando hacer constar por nota marginal, que han perdido su carácter de bienes dotales. Si la dote es estimada, el caso es distinto, porque el dominio pasó al marido, y así, si los bienes se adjudicaren en pago á la mujer, por falta de metálico, sería necesario inscribirlos á favor de ésta, pues de otro modo no podría disponer de ellos.

Nada hay que objetar á esta doctrina, que es completamente lógica. Su consecuencia, que es permitir, tanto á la viuda como

al viudo, los actos de enajenación y gravamen de sus bienes privativos, sin necesidad de que preceda liquidación alguna, es, sin embargo, algo peligrosa, y más aun tratándose de bienes inmuebles y atendiendo á los efectos de la inscripción en cuanto á terceros. Perfectamente que la mujer viuda ó que haya obtenido separación de patrimonios, pueda vender sus privativos bienes, porque en cuanto á ellos, su preferencia es absoluta, sea el que fuere el resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales. Pero conceder al viudo las mismas facultades es desconocer su situación especial en el período de liquidación. Cierto que el art. 1428 sólo habla de venta de bienes de la sociedad de gananciales, pero cierto también que el capital del marido responde, con arreglo á los artículos 1421 á 1423, de todas las cargas y obligaciones de esa sociedad, y aun preferentemente, de la restitución de su dote á la mujer. Con relación á terceros, es máxima en el sistema admitido por nuestro Código, que el capital del marido y el de la sociedad se identifican y confunden. En estas condiciones consentir al viudo que enajene y grave sin esperar el resultado de la liquidación, y sin saber, por tanto, si esos mismos bienes que grava ó enajena, habrán de necesitarse para reintegrar á la mujer ó sus herederos, ó para pagar á los acreedores de la sociedad, es un peligro. Cabrá el recurso de hacer rescindir tales actos si resultan perjudiciales; mas ¿no hay méritos bastantes en la ley para prohibir la enajenación?¿ No dicen claramente los artículos 1421 á 1423 que, una vez disuelta la sociedad de gananciales, el capital privativo del marido sólo es suyo en lo que reste, después de pagada la dote y los parafernales, y todas las deudas, cargas y obligaciones de la sociedad?

Pasemos á la enajenación de bienes gananciales ó de la sociedad de gananciales.

Los bienes gananciales no son las ganancias que en la liquidación puedan resultar. No se sabe si existirán ganancias, pero quedan en la sociedad bienes que, no perteneciendo privativamente á ninguno de los cónyuges, merecen el concepto de gananciales, con arreglo á los arts. 1401 y siguientes.

Al terminar por cualquier causa la sociedad de gananciales, cesan las facultades que, dentro de ella y en el período de su existencia, correspondían al marido. Los bienes que adquirieron en concepto de gananciales, no pertenecen al marido ni á la mujer, sino á la sociedad disuelta, cuyos representantes en tal situación son todos los interesados en ella. No cabe afirmar que en esos bienes corresponde una mitad á la mujer y otra al marido, porque no es ese el criterio legal. En lo que á cada cónyuge corresponde una mitad es en las ganancias, y ni se sabe cuales serán éstas, ni aun si llegaran á existir, hasta tanto que no se liquide la sociedad. Respecto á los bienes que se adquirieron como gananciales, forman un fondo que se destina preferentemente en caso necesario á completar á cada cónyuge el capital que aportó y á cumplir ó pagar las cargas y deudas sociales.

De aquí se deriva la doctrina de la Resolución de la Dirección de los Registros de 29 de Abril de 1902. Inscrita una finca á favor del marido, lo está á favor de la sociedad de gananciales; pero eso no prueba que, disuelto el matrimonio, tenga la mujer inscrita la mitad, pues ya no hay sociedad, sino un socio que debe justificar si se le ha adjudicado ó no después de esa disolución; no cabe por consiguiente anotar el embargo hecho á la mujer sobre la mitad de una finca ganancial.

Disuelta la sociedad conyugal, cada uno de los cónyuges en caso de separación de bienes ó de nulidad del matrimonio, ó el que de ellos sobreviva en caso de disolución por muerte, sólo pueden disponer de los bienes adquiridos para dicha sociedad durante el matrimonio, cuando se practique la correspondiente liquidación, y se sepa si existen ó no ganancias. Así se deduce de los arts. 1424, 1426 y 1428 del Código y de las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Octubre de 1865, 4 de Marzo de 1867, 29 de Diciembre de 1873, 8 de Enero de 1878, 28 de Abril de 1882 y 28 de Junio de 1886. La Dirección general de los Registros reconoce lo mismo en las Resoluciones de 21 de Febrero de 1889, 5 de Abril de 1893, 19 de Octubre de 1900, 10 de Agosto de 1902 y 7 de Junio de 1894, separándose de la doctrina que

venía sosteniendo en las de 8 de Enero de 1878 y 1.º de Octubre de 1884, según las cuales el viudo podría disponer de la mitad proindiviso de los bienes adquiridos por título oneroso durante la sociedad conyugal.

Es indiferente, tratándose de bienes gananciales, como dice el Sr. Escosura, que los bienes estén inscritos á nombre del marido que al de la mujer, y que la enajenación se verifique voluntariamente ó en virtud de juicio ejecutivo ó procedimiento de apremio, ya allanándose el deudor á otorgar la escritura, ó ya verificándose en su rebeldía.

«Segun la doctrina de los arts, 1428 y 1430 del Código civil, dice la Resolución de 19 de Octubre de 1900, el viudo y los hijos ó herederos del cónyuge difunto están privados de la libre disposición de los bienes gananciales mientras se practica la liquidación del caudal inventariado y hasta que se entregue á cada uno su haber, debiendo observarse, en caso de enajenación, los preceptos consignados en la sección quinta, capítulo 5.º, título 3.º, libro 3.º del mismo Código.»

La ley, pues, no prohibe en absoluto la enajenación de bienes gananciales durante la liquidación de la sociedad; pero para garantía de los derechos de todos los interesados, quiere que se cumplan las formalidades prevenidas en el art. 1030, á cuyo comentario nos remitimos.

Se imponen las formalidades de la subasta, en defecto del consentimiento unánime de todos los interesados. Son interesados, los cónyuges ó el que de ellos sobreviva y los herederos del otro, y los acreedores de la sociedad, si los hay, en cuanto no tengan cumplidamente asegurado su derecho con hipoteca. Como no siempre existen tales acreedores, cuando no los hay, basta la conformidad de los interesados conocidos, que lo son siempre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto, justificando su carácter. Es más, en la práctica se admiten á inscripción los actos de enajenación ó gravámen de bienes gananciales en estas condiciones, sin investigar si existen ó no acreedores, ya por no poder exigirse la prueba de esa condición negativa de no

existencia, ya por estimar que en todo caso quedan á salvo los derechos de los acreedores contra la sociedad.

Terminada la liquidación de la sociedad de gananciales, y hechas en su consecuencia las adjudicaciones procedentes, cada interesado puede disponer libremente de los bienes que hayan sido especialmente adjudicados, pudiendo aquí repetirse lo que con respecto á la partición legalmente hecha expusimos en el comentario del art. 1068.

Los bienes gananciales inmuebles adjudicados al viudo ó viuda, deben ser inscritos á su favor. Nada importa que estuviesen ya registrados á nombre del viudo cuando aun no lo era, porque no adquiría para sí exclusivamente, sino para la sociedad, y al extinguirse ésta, resulta modificado su dominio.

Los herederos del cónyuge premuerto adquieren directamente de la sociedad, por lo que, inscritas á favor de ésta las fincas ó derechos reales que se les adjudiquen, pueden registrarse desde luego á nombre de dichos herederos, sin que el art. 20 de la ley Hipotecaria exija una nueva y previa inscripción por gananciales á favor del causante.

III. *Administración: frutos y rentas.*—El art. 1428 alude además á otros extremos no determinados expresamente en este capítulo. Entre ellos merecen mención especial los referentes á la administración de los bienes y á los frutos y rentas pendientes á la terminación de la sociedad, ó devengados ó percibidos después.

Muerto uno de los cónyuges, prescribe el art. 2201 del código de Méjico, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la testamentaria, mientras no se verifique la partición.

Es, en efecto, lógico y natural que el cónyuge sobreviviente continúe en los casos normales en la posesión y administración de los bienes. De todos modos, durante el periodo de liquidación y hasta la entrega al viudo, herederos y acreedores de su haber respectivo, hay un fondo común en el que se hallan interesados varios partícipes, y se impone la necesidad de que al-

guien cuide de la conservación y defensa de esos bienes, y atienda á su producción y al pago de todos los gastos que sobrevengan en el expresado período.

Acerca de la designación de administrador, primero se atiende á la voluntad ó acuerdo de los interesados. En su defecto, se acudirá á la autoridad judicial para que verifique el nombramiento, aplicando el art. 1020 del Código. Sobre el carácter, facultades y obligaciones del administrador, nos referimos, en cuanto pueda tener aplicación, al comentario de dicho artículo y de los 1026 y siguientes.

Respecto á frutos y rentas de los bienes de los cónyuges ó de los gananciales, no determinándose nada en toda esta parte del Código, han de entenderse aplicables, tanto al capital de la mujer como al del marido, los preceptos de los arts. 1379 y 1380, comprendidos en la sección tercera, capítulo 3.º de este título, á que alude el art. 1428, salvo en lo relativo al derecho de alimentos que es peculiar de la mujer por su dote, y sobre cuyo extremo el art. 1430 establece una regla mas general.

Los frutos de los bienes gananciales pendientes á la terminación de la sociedad, ó percibidos ó devengados después, acrecen á la masa comun, teniendo el mismo carácter que el capital que los produce.

Los acreedores de la sociedad tienen derecho á intervenir en las operaciones de inventario y aprobación de la liquidación. Los acreedores particulares de los cónyuges solo pueden hacer uso de la facultad concedida en el art. 1034, y, con independencia, aceptar en nombre del cónyuge renunciante con arreglo á los artículos 1394, 1418 y 1001.

Los gastos del inventario y cuantos se realicen en interés de todos los partícipes durante el período de administración, deben entenderse á cargo de la masa comun de bienes, ó sufrirse proporcionalmente por todos los interesados.

B) *Códigos extranjeros.*—El código de Méjico, art. 2204, remite al Código de procedimientos todo lo relativo á la formación de inventario y á las solemnidades de la partición.

La división y adjudicación de los bienes sociales se sujeta á las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios, según los arts. 1776 del código de Chile, 1974 del de Uruguay, 1313 del de la República Argentina y 1413 del de Venezuela.

ARTÍCULO 1429

Cuando la sociedad de gananciales se disuelva por anulación del matrimonio, se observará lo prevenido en los arts. 1373, 1378, 1417 y 1440; y si se disuelve por causa de la separación de los bienes de los esposos, se cumplirá lo dispuesto en el capítulo 6.º de este título.

Este artículo se halla exclusivamente dedicado á dejar á salvo determinadas modificaciones que se imponen cuando la sociedad de gananciales termina por anulación del matrimonio, ó por obtenerse la separación de bienes.

Las reglas relativas á la liquidación son en principio las mismas, siempre que la sociedad termina. En caso de nulidad del matrimonio, con arreglo á los arts. 1333, 1373, 1378 y 1417, el cónyuge que procedió con mala fe, pierde el derecho á los gananciales y á cuanto le hubiese sido dado ó prometido por el cónyuge inocente. Ya determina el núm. 3.º del art. 1418 que en tales circunstancias no ha lugar á la formación del inventario previo para la liquidación. El cónyuge culpable ó de mala fe, sólo recibe su capital, y aun éste, siendo el marido, en cuanto alcancen los bienes.

¿A quién se adjudican las ganancias? Si hubo en ambos cónyuges buena fe, sólo existe de anormal, en la liquidación de la sociedad de gananciales, lo dispuesto en el art. 1440: los gananciales se parten por mitad. Lo mismo ocurre cuando ambos cónyuges procedieron de mala fe al contraer matrimonio, puesto que el art. 72 determina, al tratar de los efectos de la nulidad con relación á los bienes, que la mala fe se entiende compensada.

Sólo en el caso de haber entre los cónyuges un culpable y un inocente, la ley castiga á aquél y recompensa á éste asignándole todas las ganancias. No lo dice expresa y terminantemente la ley, pero así habrá de entenderse por el solo hecho de privar al cónyuge de mala fe de su parte en los gananciales, sin marcar un destino especial á la porción de que se le priva.

Otra inteligencia podría deducirse del art. 69, que en general determina que el matrimonio nulo sólo produce efectos civiles respecto al cónyuge de buena fe y á los hijos. De esta regla, en efecto, podría sacarse la consecuencia de que contraído el matrimonio con mala fe por parte de ambos cónyuges, los gananciales pertenecen á los hijos, y habiendo buena fe en un cónyuge, deben partirse por mitad entre él y los hijos, ya que adjudicar en algún caso parte de las ganancias á los cónyuges culpables, equivale á reconocer que, aun respecto á ellos, puede el matrimonio nulo producir alguna vez efectos civiles. Pero como no siempre existen hijos, y el art. 72, que expresamente se refiere á los gananciales, se limita á privar de ellos al esposo que obró de mala fe y á añadir que si existe en ambos quedará compensada, parece la inteligencia más segura la que hemos expuesto.

El código de Méjico, artículos 2195 á 2197, dispone lo siguiente, que nos parece más justo: «Si la disolución de la sociedad procede de nulidad del matrimonio, el consorte que hubiere obrado de mala fe, no tendrá parte en los gananciales; los correspondientes al cónyuge de mala fe se aplicarán á sus hijos, y si no los tuviere, al cónyuge inocente. Si los dos procedieron de mala fe, los gananciales se aplicarán á los hijos, y si no los hubiere, se repartirán en proporción de lo que cada consorte llevó al matrimonio.»

En caso de separación, véase el comentario de los artículos 1432 y siguientes.

Concuerda este artículo en el fondo con el 1312 del de la República Argentina, y se relaciona con los ya citados del de Méjico.

ARTÍCULO 1430

De la masa común de bienes se darán alimentos al cónyuge superviviente y á sus hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajarán de éste, en la parte en que excedan de lo que les hubiese correspondido por razón de frutos ó rentas.

A) *Comentario y jurisprudencia.*—En el derecho antiguo sólo puede ofrecer alguna relación con lo dispuesto en este artículo, la doctrina de la cuarta marital que, sin embargo, salta á la vista que es materia distinta.

Están relacionados en el Código con este artículo los 964 y 1378, y fuera del Código, el art. 1100 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El art. 1430 iguala á los dos cónyuges, concediéndoles á ellos y á los hijos el mismo derecho, y no fija tiempo determinado como el 1379 para la concesión de alimentos. Han de suministrarse mientras se practica la liquidación del caudal, y hasta que se entregue á los interesados su haber, á partir, naturalmente, de la terminación de la sociedad.

¿Gozan los herederos que no sean hijos, del derecho concedido en el art. 1430? ¿Cómo debe relacionarse este artículo con el 964 y el 1379? ¿Es independiente ese derecho del que se establece en el art. 1100 de la ley de Enjuiciamiento civil? ¿Cabe exigir alimentos cuando el pasivo supera al activo del caudal? ¿Es el derecho á esos alimentos renunciable? ¿Quién los satisface y cómo se fijan? Daremos solución á estas preguntas.

El fundamento del precepto no puede ser más racional. Los alimentos se sacan de los productos de la masa común. En la masa común están comprendidos los capitales privativos del cónyuge sobreviviente y del premuerto ó sus hijos, y los gananciales si los hubiere. Mientras dure la liquidación, y hasta que á cada cónyuge se le satisfaga su haber, los bienes producen

rentas ó frutos, los interesados están privados de su capital, y nada más lógico que esos frutos se destinen á la alimentación de los que han de ser y son propietarios de los bienes, y todo lo tienen mezclado y confundido en ese período anormal, necesario y transitorio.

Siendo este el fundamento del precepto, y gravando los alimentos sobre la masa común, es natural, que los alimentos se deban, lo mismo al viudo que á la viuda, y lo mismo al cónyuge sobreviviente que á los herederos del premuerto, sean ó no hijos. Si los herederos que sean ascendientes, hermanos ó extraños, pueden tener bienes propios ó sueldo ó renta suficiente para no necesitar alimentos, lo mismo puede ocurrir tratándose de hijos. No encontramos razón bastante para limitar el derecho á los hijos, cuando en todo caso se trata de un adelanto de renta, deducible después en el respectivo haber de cada interesado. Es posible, sin embargo, que ateniéndose sólo á la letra del artículo, y á la mayor necesidad que del precepto puede existir con relación á los hijos, se decida la jurisprudencia por una solución distinta.

De todos modos, es un derecho que concede la ley, y el interesado que no lo necesite puede renunciarlo, con lo cual no sufrirá después deducción alguna en su haber.

El derecho concedido en el art. 1430 que estamos examinando, es independiente del establecido en el 964, como hicimos notar en su comentario.

Cuando el matrimonio se disuelve por muerte del marido y la viuda aportó dote, nos encontramos con dos artículos que le conceden derecho á alimentos, uno el 1379, durante un año, en compensación de los frutos de su dote, si así lo prefiere en virtud de la facultad de elegir que le da la ley, y otro el 1430 mientras dure la liquidación de la sociedad de gananciales y haya ó no dote. Como ambos derechos son en esencia uno solo, resultan incompatibles, habiendo de optarse forzosamente por uno de ellos. En el sistema de gananciales juzgamos preferente la aplicación del art. 1430. Sin embargo, no vemos inconve-

niente en que la viuda se acoja al beneficio del art. 1379, y al transcurrir el año, si no ha terminado la liquidación, ni se le ha entregado su haber, pida que se le continúen dando alimentos á costa del caudal común, con arreglo al 1430, usando así, en forma sucesiva y nunca simultánea, de ambos derechos.

Creemos que este artículo y el 1100 de la ley de Enjuiciamiento civil, responden á la misma idea, y que cada cual debe aplicarse dentro de su órbita especial. Si media juicio de testamentaría ó abintestato, y existe un administrador nombrado judicialmente, el juez, á instancia de parte, ordenará, con arreglo á dicho art. 1100, que de los productos de la administración se entregue, por vía de alimentos, á los herederos y legatarios y al cónyuge sobreviviente, hasta la cantidad que respectivamente pueda corresponderles como renta líquida de los bienes á que tengan derecho, fijando la cantidad y los plazos en que el administrador haya de hacer la entrega. Si no existe juicio alguno, facilitará los alimentos á cada interesado el administrador que estos hubieren elegido y facultado para ello.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1898 sienta la doctrina siguiente: «El art. 1430 del Código civil no ha derogado el 1100 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que al contraerse el primero á la facultad del juez para dar alimentos al cónyuge é hijos, no excluye la que por el último, ó sea la ley procesal, se le concede para darlos á herederos y legatarios, y no constando en parte alguna la derogación expresa ni tácita de éste, sino que antes bien, se deduce lo contrario de lo prescrito en el artículo 1020 del Código, que atribuye al juez la facultad de proveer á la administración de los bienes hereditarios con arreglo á lo que prescribe la ley procesal para el juicio de testamentaría, entre cuyas disposiciones se encuentra la de asignar alimentos de los productos de la administración á los herederos y legatarios.»

Parece encontrarse aquí la razón de la distinción, en referirse uno de los artículos á los hijos, y el otro á los herederos y legatarios, partiendo de la base de que en ambos casos es el

juez el llamado á dar ú ordenar se den los alimentos, y fundando la no derogación del precepto de la ley procesal en el artículo 1020 del Código. No vemos clara esta doctrina. Desde luego estimamos que el art. 1100 de la ley de Enjuiciamiento no ha sido derogado; pero precisamente encontramos nosotros la distinción y no contradicción entre ambos artículos, en la esfera extrajudicial del uno y judicial del otro, pues en su fondo obedecen á la misma idea ó tienen igual fundamento, siendo evidente que no es posible disfrutar á la vez dos derechos de alimentos, fundándose en que hay dos artículos que lo establecen. El juez no tiene que intervenir en la mayoría de los casos en la liquidación de la sociedad conyugal, siendo, por lo tanto, solo excepcionalmente aplicables en esta materia, lo mismo el artículo 1020 del Código que el 1100 de la ley procesal. En cambio, el art. 1430 del Código, es de aplicación usual y corriente. ¿Comprende sólo á los hijos? Ya hemos dicho que la razón del precepto aconseja extender el beneficio á todos los herederos; pero en último término, todo se reduciría á no facilitar alimentos más que al cónyuge sobreviviente y los hijos cuando no interviniese la autoridad judicial, y á darlos á toda clase de herederos, y á los legatarios en los juicios de testamentaría ó abintestato, ó cuando debiera aplicarse el expresado art. 1100.

Otras cuestiones resuelve la sentencia de 28 de Mayo de 1896. Algún tiempo después de la muerte de su esposo, solicitó su viuda que se le concediesen alimentos de la masa común de bienes inventariados *de la herencia,* desde la fecha del fallecimiento y hasta la entrega de su haber. El juzgado accedió á lo solicitado y la Audiencia confirmó su resolución. Los herederos entablaron recurso de casación por varios motivos, entre ellos por las siguientes infracciones:

1.ª El art. 1430 del Código, toda vez que su redacción, letra y espíritu demuestran que el beneficio concedido al cónyuge sobreviviente es un anticipo á descontar de lo que pueda corresponderle en su día de la parte que se le entregue, y estando inventariados créditos por mayor suma que la que representa-

ran los bienes dejados, el conceder á la viuda alimentos sería un perjuicio para los acreedores que deben cobrar íntegramente sus créditos.

2.ª El art. 148 del mismo cuerpo legal, por conceder el auto alimentos desde que dió principio la liquidación del caudal inventariado, á pesar de no haberse pedido hasta dos años después, contra lo dispuesto en el citado artículo, que ordena no se abonen sino desde la fecha en que se interpone la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso por estimar no probado el hecho de superar el pasivo al activo del caudal, y porque la disposición contenida en el art. 1430 del Código civil es completamente independiente, y no guarda relación con las que se consignan en el tít. 6.º del libro 1.º del mismo Código, entre las que se encuentra el art. 148, pues una y otra pertenecen á un orden distinto de derechos, y no puede entenderse aquélla subordinada á las reglas y preceptos que en dicho título y libro se establecen para regular los alimentos entre las personas que, conforme á la ley, tienen la obligación de prestarlos, y aquéllas que deben percibirlos.

Ha de tenerse en cuenta, además de lo expresado en esta sentencia, que los alimentos no gravan la herencia del cónyuge premuerto, sino la masa común, y que en la masa común ó suma de bienes inventariados, se comprende la dote ó el capital de la mujer, por lo que aun excediendo las deudas á todo el resto del caudal, siempre cabría conceder á la mujer alimentos á cuenta de la renta de sus bienes. En todo caso, los alimentos son anteriores á la terminación de la liquidación de la sociedad, y no parece lógico negarlos antes de conocer exactamente su resultado, sólo por el temor de que el pasivo supere al activo, ó fundándose en cálculos más ó menos aventurados, y sin prueba seria de su realidad. El juez ó el administrador, según los casos, deben conceder ó facilitar los alimentos á que el art. 1430 se refiere, cuando se le pidan, y si los acreedores entienden que por tal acuerdo se les perjudica, por separar del caudal una parte de sus rentas, pueden recurrir á los tribunales ó recla-

mar contra el acuerdo, probando cumplidamente la falta de bienes ó de caudal activo que pueda en ningún caso corresponder á los interesados. Probado que ni en concepto de capital propio, ni como gananciales corresponde haber alguno al cónyuge sobreviviente ó á los herederos del premuerto, no cabe la concesión de alimentos, pues éstos, en efecto, con arreglo al art. 1430, son sólo un anticipo del respectivo haber de cada partícipe.

Ahora bien; si de la masa común se han extraído ó separado ya los bienes existentes del capital privativo de los cónyuges, y disfrutan sus rentas, y tienen con ellas lo suficiente, el fundamento en que descansa el art. 1430 cae por tierra, porque ya los interesados han tomado de la masa lo necesario para su alimentación.

Los alimentos se fijan de común acuerdo por las partes, ó en su defecto por el juez, y han de ser proporcionados á la importancia del caudal y á la posición social de los interesados. Se deben, como dice la ley, por todo el tiempo que se invierta en terminar la liquidación y hasta que á cada interesado se le entregue su haber, sea el que fuere el tiempo que transcurra.

Recordamos, en cuanto á frutos y rentas pendientes, lo que quedó expuesto en el comentario de los artículos 1379 y 1380. Los frutos posteriores á la terminación de la sociedad y no pendientes en esa fecha, siguen á los bienes que los producen, y así, los frutos y rentas de los bienes dotales y parafernales corresponden á la mujer, los de los bienes propios del marido pertenecen á éste en principio, y los de los bienes gananciales acrecen al caudal común, si bien los frutos y rentas de estos bienes y de los del marido, se aplicarán después en la forma que corresponda, adjudicándolos, caso necesario, á la mujer para reintegro de su capital ó á los acreedores, ó dando al marido lo suyo si hay sobrante, y partiendo por mitad, entre uno y otro cónyuge ó sus herederos, los de los bienes gananciales, salvo que por conveniencia de los interesados se acuerde otra cosa distinta.

El administrador, sea ó no judicial, llevará la cuenta de los

frutos ó rentas correspondientes á cada grupo de bienes, con la baja que ocasionen los gastos para su percepción, y de lo que proporcionalmente pertenezca en los pendientes, á cada cónyuge ó sus herederos, y con esos frutos atenderá al deber de proporcionar alimentos á los interesados en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 1430. Al terminarse la liquidación de la sociedad de gananciales, se entregará á cada parte su haber por todos conceptos con el sobrante de frutos ó rentas que le pertenezca, y si resulta haber tomado más de lo que le correspondía, el exceso ha de rebajarse de ese mismo haber, como expresamente preceptúa el artículo que examinamos, ya constituya una baja en los gananciales, ya en el capital privativo de cada partícipe.

B) *Códigos extranjeros.*—En general no existen concordancias en los códigos extranjeros.

El art. 1465 del código francés concede á la mujer durante los tres meses y cuarenta días que se dan de plazo para hacer el inventario y deliberar, el derecho de mantenerse ella y sus criadas con las provisiones que existan, y á falta de éstas, con prestamos á cargo de la comunidad. También tiene el derecho de seguir habitando en ese tiempo en una casa de la comunidad ó de los herederos del marido, ó seguir en la que tenían en alquiler los cónyuges á costa del caudal común.

El art. 1163 del código de Guatemala, dice así: «Los alimentos que se le den á la viuda durante la indivisión de los bienes de la sociedad, se imputarán á sus respectivos gananciales.»

ARTÍCULO 1431

Siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de los bienes gananciales de dos ó más matrimonios contraídos por una misma persona, para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios; y, en caso de duda, se dividirán los gananciales entre las

diferentes sociedades, proporcionalmente al tiempo de su duración y á los bienes de la propiedad de los respectivos cónyuges.

A) *Comentario.*—Tampoco existen precedentes legales de este artículo: su precepto es especial. El legislador preve el caso de que por no haberse practicado oportunamente la liquidación de una sociedad de gananciales, haya de procederse simultáneamente, en virtud de un segundo ó posterior matrimonio, á liquidar dos ó más sociedades diferentes.

En este supuesto, pueden presentarse casos distintos, según que sean ó no conocidos todos los datos necesarios para la práctica de tales liquidaciones y según la importancia de los que falten.

Ninguna dificultad puede ocurrir cuando se conozca exactamente el capital privativo de cada cónyuge y las ganancias que hubo en cada unión; mas esto no es lo natural ni frecuente: por lo menos los bienes gananciales ó parte de ellos deben hallarse mezclados ó confundidos de manera que no puedan conocerse los que á cada sociedad corresponden, y aun en lo relativo al capital propio de cada esposo, es natural que existan dudas y deficiencias lamentables.

El art. 1431 trata de dar solución á todos los casos en que la operación no pueda practicarse fácilmente. Para ello, lo primero, puesto que hay que liquidar dos sociedades de gananciales distintas, es separar el fondo correspondiente á cada una de ellas, formado por el capital privativo de uno y otro cónyuge, y por los bienes gananciales adquiridos en el período de su respectiva duración, en cuanto puedan ser conocidos.

A fin de conocer extremo tan importante, determina la ley que, á falta de inventarios, se admitan toda clase de pruebas: documentos públicos, documentos privados, confesión de la parte á quien su aseveración perjudique, y aun información testifical.

Hay siempre una base fija de que partir, y es el período de

duración de cada sociedad, pues no puede menos de constar la fecha de la celebración de cada matrimonio, y la de su disolución, ó anulación ó separación de bienes.

Esto supuesto, la fecha de las escrituras que existan, la de la inscripción en su caso, la en que conste el amillaramiento de fincas ó semovientes, la de la colocación de fondos, compra de títulos ó acciones, la de los documentos privados cuya fecha revista autenticidad suficiente, ó que sean reconocidos como ciertos por las partes, los recibos de contribución, libros de cuentas, etc., todo es admisible. En defecto de otros medios, como hemos dicho, la confesión y la prueba de testigos que afirmen pertenecer tales ó cuales objetos á la primera sociedad, ó haberse adquirido en la segunda, ó en el tiempo intermedio entre una y otra, ó proceder determinadas alhajas ó fincas ó mobiliario de tal ó cual familia de uno ú otro cónyuge, haber sido mejorados ó reparados ciertos bienes, haber mediado culpa ó negligencia en la pérdida ó deterioro de otros, deudas pagadas, etc.

Con este procedimiento se conseguirá tal vez hacer la debida separación, y en tal caso, dentro de cada masa de bienes se practica en la forma legal la correspondiente liquidación, considerando como ganancial todo aquello cuya adquisición ó pertenencia privativa no conste claramente. El capital y las ganancias del cónyuge viudo en el primer matrimonio, unido á las adquisiciones que se pruebe haber realizado durante su viudez, constituirá su aportación al segundo matrimonio, á la que debe sumarse para formar todo su capital propio en la segunda unión, lo que conste haber adquirido después por título lucrativo.

Suponemos que primero debe liquidarse la sociedad primera, porque tal es el criterio legal deducido del art. 1376, para la restitución de varias dotes, y porque en los casos en que sea posible proceder en tal forma, los gananciales de la primera unión constituyen un dato de gran importancia para la liquidación de la segunda sociedad. En todo caso debe cumplirse, para la devolución á cada mujer, cuando haya varias, de su capital, lo dispuesto en el expresado artículo.

No será de ordinario fácil, á pesar de todas las pruebas suministradas, separar por completo los bienes en dos fondos independientes; quedarán algunos cuya procedencia no se pueda determinar con exactitud ó cuya pertenencia sea dudosa, formando así un tercer grupo común á ambas sociedades, que es preciso dividir entre las mismas. Aun, si separadas ciertas fincas ú objetos determinados propios de uno ú otro cónyuge, sólo resta metálico que se ignora á quien pertenece, ó no puede fijarse por cualquiera otra circunstancia lo que constituye las ganancias de cada unión, se impone la misma división.

Para estos casos, y ya con relación al total de bienes que deben considerarse en general gananciales, ó á la parte de los mismos que no se sepa á qué sociedad corresponden, dicta el art. 1431 su regla. Ese total de bienes, ó esa parte de dudosa pertenencia, se ha de dividir entre las diversas sociedades proporcionalmente al tiempo de su duración y á los bienes de la propiedad de los respectivos cónyuges.

¿Cómo se practica esta doble proporción? Con relación á cada caudal, se multiplica el importe del capital privativo de los cónyuges por el número de años y meses, en su caso, que duró su unión. A la suma de los productos resultantes en virtud de esa operación, en ambas sociedades (si sólo se trata de dos) corresponde el total de los gananciales que hay que dividir, y á uno sólo de esos productos la cantidad que se desconoce, pero que tiene que ser proporcional á la relación que exista entre la suma y cada uno de los dos sumandos que la componen.

Pondremos como aclaración necesaria un ejemplo. Practicadas las pruebas necesarias, sólo ha podido justificarse que en la primera unión, que duró ocho años, el capital de la mujer ascendió á 20 y el del marido á 10, y en la segunda, el marido, que fué el viudo, tiene un capital de 20 y la mujer de 10, habiendo durado el segundo matrimonio doce años. El capital de los socios es, pues, 30 en ambas sociedades, y multiplicando por ocho y doce años, respectivamente, da como productos 240 y 360, cuya suma son 600. Los gananciales á dividir son 10.

Esto supuesto, la proporción es la siguiente: 600, total cantidad en que se interesan ambas sociedades, es á 10, total de gananciales partibles entre las mismas, como 240, parte que interesa la primera sociedad, es á x=240 multiplicado por 10, 2.400, que divididos por 600, dan como gananciales de dicha primera unión, 4. Hecha la misma operación con respecto á los 360 de la segunda, resultan para ésta los 6 restantes. Dentro de cada sociedad los gananciales se dividen por mitad entre un cónyuge y los herederos del otro, según la regla general, pues el precepto excepcional del art. 1431 sólo tiende á repartir proporcionalmente las ganancias totales entre una y otra sociedad.

Se dirá que en esta solución se prescinde de la parte de gananciales correspondientes al viudo en la primera unión, en el concepto de aportación, y mayor capital, por tanto, para la segunda; pero precisamente se procede así cuando no consta cual fué esa parte de gananciales, pues respecto á los conocidos del primer matrimonio se dividen desde luego y se tienen en cuenta dentro de su respectivo capital. Igual división procede en cuanto á lo que son gananciales conocidos de la segunda sociedad, sin tener que recurrir á la proporción más que en lo que se desconoce ó es dudoso.

Este procedimiento puede seguirse en cuanto conste al menos el capital de uno de los cónyuges en cada sociedad. Así, se ignora por completo el capital del marido en ambos matrimonios, ó si aportó ó adquirió algo privativamente, pero se sabe que la primera mujer aportó 40 y la segunda 20, habiendo durado cada unión quince años y existiendo treinta de gananciales. Siguiendo las reglas antes expesadas y formando para la primera sociedad la proporción 900 : 30 : : 600 : x, y para la segunda 900 : 30 : : 300 : x, corresponderán á aquélla 20 y á ésta los 10 restantes.

Si no consta capital alguno, y todo ha de considerarse, por tanto, como gananciales, la regla es más sencilla, porque la división se ha de hacer sólo en proporción al tiempo de duración de cada sociedad. Si ambas duraron en el ejemplo expuesto

treinta años y cada una quince, indudablemente pertenece á cada una una mitad, que será el resultado de la proporción.

Pero suponen los autores el caso de conocerse solamente el capital de la primera ó de la segunda mujer, y el tiempo que nunca debe ser desconocido, ¿cómo se cumple el precepto legal? Quieren unos atender sólo á la duración y otros sólo al capital, ya para dividir las ganancias en proporción á aquélla como si no se conociesen bienes privativos algunos, ya para asignarlos únicamente al matrimonio en que consta hubo capital. La regla legal no puede en verdad aplicarse en este caso, porque como dice con razón Navarro Amandi, no puede establecerse proporción entre algo y nada.

Ambos procedimientos son injustos, pues ni debe igualarse al cónyuge, que nada aportó, con el que tal vez llevó un cuantioso capital, ni parece justo que habiendo ganancias é ignorando su procedencia, que puede ser, no el capital, sino el trabajo, se excluya de ellas en absoluto á la primera ó segunda mujer que, ó no llevó bienes ó no pudo justificarse su aportación. Nada se consigue con pretender establecer proporción de un lado con el tiempo y el capital, y de otro sólo con el tiempo, porque ó no hay base para una proporción justa, ó si se establece solo numéricamente, el resultado equivale á no conceder nada al que nada aportó. En esta duda, Sánchez Román y Navarro Amandi optan por dar exclusiva preferencia al capital.

Es lo cierto que el art. 1431 no preve este caso y, por tanto, no lo resuelve, pues supone que siempre se conocerá, en todo ó en parte, algo que deba considerarse como capital privativo de los respectivos cónyuges; pero por lo mismo que no hay regla legal aplicable, debe siempre atenderse á la equidad, huyendo de soluciones extremas que no siempre se conformarán con ella. Las circunstancias especiales de cada caso, la importancia de los gananciales en relación con el capital conocido, el producto medio del trabajo ó industria de los cónyuges, factor importante en las ganancias que dará idea, en unión con la renta propia de los bienes conocidos, de los ahorros ó economías que lógica-

mente se debieron realizar, los quebrantos sufridos en cada sociedad, hasta las condiciones de carácter y actividad de cada socio, todo debe tenerse en cuenta para dar al conflicto una solución racional y equitativa, ya intervengan los mismos interesados, otros en su nombre, ó la autoridad judicial.

B) *Códigos extranjeros.*—Concuerda este artículo 1431 de nuestro Código con los 2202 y 2203 del de Méjico y 1314 del de la República Argentina.

DERECHO FORAL

A. *Cataluña.*—En el derecho catalán *general* no se conocen los gananciales. Hasta parece que los jurisconsultos de aquella región miran el sistema con prevención. La costumbre ha ido, sin embargo, poco á poco introduciéndolo, y extendiéndolo cada vez más, usando de la libertad concedida en las capitulaciones matrimoniales.

En el derecho catalán *especial*, se conocen y admiten de antiguo instituciones más ó menos idénticas á los gananciales, con el nombre de *asociación á compras y mejoras*, *agermanament*, *y pacto de convinensa ó mitja guadenyaria.*

A) *Asociación á compras y mejoras.*—Se practica en los partidos judiciales de Tarragona, Reus, Falset, gran parte de los de Gandesa y Montblanch, y algunos lugares de la provincia de Lérida, contiguos á la de Tarragona.

Sostienen algunos tratadistas que, aun sin necesidad de pacto expreso, debe entenderse establecida la asociación en los puntos en que se practica. Otros estiman que es indispensable que se pacte. Los Sres. Boscá y Amell aprueban la opinión de Fontanella, según la cual, cuando se pretenda algún derecho en virtud de asociación no pactada, deberá probarse que, según costumbre particular del lugar, se reputan asociados tácitamente los esposos á compras y mejoras.

En virtud de dicho pacto se constituye entre marido y mujer una sociedad por la que pertenece á ambos todo lo comprado

con dinero que no sea privativo de ellos, y todo lo mejorado durante el matrimonio, presumiéndose hechas las mejoras ó adquisiciones, mientras no pueda probarse lo contrario con los ahorros, frutos ó rentas de los bienes ó con los productos del trabajo.

«Si alguno de los esposos, añaden los Sres. Boscá y Amell, está obligado á entregar una dote, una parte legítima ó un legado en metálico, y lo realiza sin desmembrar el patrimonio, con adjudicaciones al interesado ó ventas, se entiende que el patrimonio ha sido mejorado, en cuanto habría sido desmembrado, si con parte de él se hubiesen cumplido aquellas obligaciones; el importe de éstas será una *mejora,* que á su tiempo habrá de dividirse.»

Cuando uno de los cónyuges promete dote á una hija ha de pagarla con sus bienes propios.

No se comprende en la sociedad lo adquirido particularmente por los cónyuges á título de donación, herencia ó legado.

La administración de los bienes de la asociación corresponde al marido, así como la facultad de enajenarlos, siempre que obre de buena fe y sin ánimo de perjudicar á la mujer.

Al terminar la sociedad por muerte de uno de los esposos, se practica la liquidación correspondiente que determina las ganancias que en realidad existen, cuyas ganancias, no mediando pacto en contrario, se dividen por mitad entre un cónyuge y los herederos del otro. Si al viudo corresponde, según las capitulaciones, el usufructo de las ganancias, se suspende la entrega de su parte á los herederos del cónyuge premuerto hasta el fallecimiento del usufructuario.

Es costumbre que entren en la asociación los padres de los esposos y aun á veces los abuelos. En estos casos, las ganancias, viviendo los padres y ambos cónyuges, se dividen por cuartas partes; viviendo los esposos y uno de los padres en común, por terceras; y por sextas partes si entran los abuelos en la asociación. Esta en todo caso puede continuarse entre los asociados que sobrevivan.

B) *Agermanament.*—Es otra institución del derecho catalán

especial, establecida y regulada en el código de las Costumbres de Tortosa, y que es frecuente pactar no sólo en dicha ciudad sino también en otros lugares de Cataluña.

Es incompatible con el sistema dotal, de modo que aportándose dote por la mujer, no puede regir la comunidad de bienes que con el expresado nombre se designa.

El *agermanament* es una verdadera hermandad ó comunidad de bienes entre los esposos, por virtud de la cual éstos adquieren por mitad, para dividir con igualdad á la disolución del matrimonio, los productos de su trabajo, los aumentos y ganancias obtenidos con los bienes aportados á la unión y cuantos bienes y derechos se adquieran por cualquier título oneroso ó lucrativo durante la sociedad conyugal. Sólo se excluyen, por lo tanto, de la comunidad los bienes aportados.

El *argemanament* es de uso frecuente en Tortosa, pero no se presume, debe pactarse expresamente en las capitulaciones matrimoniales, antes ó al tiempo de celebrarse el matrimonio. Como se ve, se trata de una comunidad bastante más extensa que la de gananciales.

C) Asociación en convinensa ó mitja guadenyaria.—Es una costumbre antigua, hoy poco usada, propia del Valle de Arán, á la que se refiere el capítulo 10 del privilegio de *querimonia*, con cuyo nombre también se conoce, y confirmada en la Real Carta de Don Pedro IV de Aragón.

«El referido capítulo consigna, según expresan los señores Brocá y Amell, el uso y costumbre inmemorial de que, si el marido hiciese convenio *(convinensa)* con su mujer, sobre las cosas adquiridas ó adquirideras, y sobreviniesen algunos gravámenes, ambos cónyuges paguen á los acreedores por partes iguales, y si hicieren mejoras ó aumentos les correspondan por mitad, si muerto el uno y sobreviviéndole el otro no existen descendientes. Que lo mismo se observe si el hijo de familia ó la hija conviniere con sus padres sobre los bienes adquiridos ó adquirideros de tenerlos proindiviso, hasta que dicho convenio y consentimiento de uno y otro deje de existir. Que lo antes expresado

se observe si entre extraños se hiciese igual convenio ó contrato. Que si la esposa no conviniere con su marido sobre las cosas predichas ú otra persona, los expresados bienes de su mujer no sean disminuidos por deudas ó gravámenes del marido, debiéndose esto entender en cuanto al régimen de la casa, no empero en los delitos que se cometan.»

La palabra *mitja guadenyaria* quiere decir media ganancia. Puede celebrarse el convenio antes de celebrarse el matrimonio ó durante él, y mediando el expresado pacto, la mujer ó sus herederos deben contentarse con la mitad de los bienes muebles ó inmuebles adquiridos por los cónyuges.

B. *Aragón*.—Rige en Aragón el *consorcio foral* que definimos ya en otro lugar, y en los Fueros y Observaciones se legisla minuciosamente en cuanto hace relación al mismo.

Los límites de nuestra obra no permiten dedicar á esta materia, ni al derecho foral, en general, la extensión que su importancia merece.

El sistema de comunidad relativa existente en Aragón es más extenso que el de gananciales de Castilla, acercándose á la comunidad legal francesa, é identificándose casi con el régimen que desenvuelve el código de Chile.

A) Son bienes comunes segun el fuero de Aragón:

a) Los frutos ó rentas de todos los bienes.

b) Los productos del trabajo ó de la industria de cualquiera de los cónyuges.

c) Todos los bienes *muebles* aportados con tal carácter al matrimonio ó adquiridos durante él, y no excluídos de la comunidad en virtud de pacto expreso ó por la voluntad del donante ó trasmitente.

d) Los bienes inmuebles ó *sitios*, adquiridos ó aportados en concepto de muebles en virtud de la ficción legal que así lo consiente.

e) Los bienes inmuebles adquiridos por título oneroso durante el matrimonio á nombre de ambos cónyuges ó de cualquiera de ellos.

f) Las mejoras hechas con fondos de la comunidad en bienes inmuebles, comunes ó privativos de los cónyuges.

g) El derecho de disfrute de fincas por corto tiempo y con obligación de pagar canon ó renta, otorgado en favor de alguno de los esposos.

B) Son bienes privativos de los cónyuges todos los no comunes ó gananciales y, por tanto, los siguientes:

a) Los bienes inmuebles aportados con tal carácter al matrimonio por el marido ó por la mujer.

b) Los bienes muebles cuando se aportan en concepto de sitios.

c) Los bienes muebles donados ó legados ó dejados por herencia con condición de que no entren en la comunidad.

d) Los bienes inmuebles adquiridos privativamente por los cónyuges á título lucrativo durante la unión.

e) Los que se adquieran en virtud de permuta, retracto legal ó voluntario, compra con dinero procedente de la venta de otros bienes privativos, ó por cualquier otra especie de subrogación clara y efectiva.

f) Los bienes inmuebles adquiridos á título oneroso durante la comunidad, cuando la causa ó título de la adquisición ha precedido á ella, como ocurre respecto á bienes litigiosos, adjudicados en virtud de sentencia ó transacción á los bienes cuya prescripción se consuma durante el matrimonio, los adquiridos por cumplimiento de condiciones, declaraciones de rescisión ó nulidad, consolidación del usufructo con la nuda propiedad, ó del dominio útil con el directo, cobro de créditos anteriores, de precio aplazado, etc.

g) Las accesiones, aumentos ó mejoras en bienes privativos de los cónyuges procedentes de la naturaleza ó del tiempo.

Como especiales del marido se señalan además:

a) Los bienes sitios que la mujer le transfiera durante el matrimonio con las formalidades legales.

b) La mitad de los bienes inmuebles que hubiese vendido á su mujer, puesto que su precio ó importe se hace común.

c) Los inmuebles adquiridos en campaña ó en remuneración de servicios.

Y otros varios que, ó pueden considerarse comprendidos en los ya citados, por haberse adquirido antes de la consumación del matrimonio, ó sólo se obtienen por la no celebración de éste ó por renuncia de gananciales, ó tienen una naturaleza mueble que motiva cierta duda sobre el verdadero concepto que merecen en la sociedad.

Como bienes especiales de la mujer se consideran además:

a) Las cantidades que el marido la hubiese asegurado por axobar ó firma de dote.

b) Las cantidades aportadas al matrimonio que el marido asegura con sus bienes propios.

Los bienes privativos de la mujer tienen, como sabemos, la consideración de dotales.

C) El marido es el administrador de los bienes comunes, con facultad de enajenar los muebles por cualquier título y los inmuebles por sí solo, siempre que sea á título oneroso y sin fraude, ó se trate de donaciones de escasa importancia ó con causa. Tal es al menos la opinión más autorizada de los fueristas, confirmada en lo que á la venta y gravámenes de bienes inmuebles se refiere por las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Febrero y 19 de Abril de 1870 y 27 de Mayo de 1890.

La mujer administra en caso de ausencia del marido sin dejar persona que le represente, y no puede ser perjudicada por los actos ilegales ó fraudulentos que el marido realice abusando de sus facultades.

D) Señala D. Andrés Blas como cargas que afectan á los bienes comunes:

1.º Las deudas contraídas por el marido y la mujer.

2.º Las deudas contraídas por el marido y consentidae por la mujer.

3.º Las deudas contraídas solo por el marido, siempre que éste administrara su casa como un buen padre de familia (Resolución de la Dirección de los Registros de 9 de Agosto de 1895).

4.º Las deudas contraídas por el marido antes del matrimonio.

5.º Las deudas contraídas por la mujer antes también del matrimonio.

En los dos últimos casos, deben perseguirse para el pago los bienes *muebles* comunes, y en su defecto, los bienes privativos del cónyuge deudor, siendo la opinión más probable que no responden de tales deudas los bienes sitios de la comunidad.

Además de estas cargas, debe sobreentenderse que afectan á los bienes comunes todas las que son inherentes al usufructo de esos bienes y de los privativos de los cónyuges, segun expusimos en su lugar, las que lleva consigo la propiedad respecto á los bienes comunes, y el mantenimiento de la familia y la educación de los hijos.

E) El consorcio foral termina por la muerte de uno de los cónyuges, si además de ella concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que el sobreviviente ó los herederos del premuerto formalicen el inventario de todos los bienes.

2.ª Que el viudo manifieste en cualquier forma, aun sin hacer inventario, su voluntad de terminar la sociedad, siendo una de dichas formas la de contraer nuevo matrimonio, determinando en las capitulaciones matrimoniales los bienes que en concepto de propios aporta á la nueva unión. También debe surtir efecto igual esa misma manifestación de voluntad hecha por los hederos del cónyuge premuerto.

3.ª Que no queden bienes comunes, ó los que haya se enajenen, ó deban enajenarse para pago de deudas.

4.ª Que corresponda al cónyuge sobreviviente el derecho de viudedad universal en los bienes del premuerto.

Pero no solo por la muerte de uno de los esposos termina la comunidad, pues produce el mismo efecto la anulación del matrimonio, y el pedirse y obtenerse la separación de bienes, con arreglo á la doctrina supletoria del Código civil.

F) Al terminar la sociedad, se procede, como es natural, á

la práctica del inventario, liquidación, división y adjudicación correspondientes, suspendiéndose estas últimas operaciones respecto á los bienes comprendidos en el derecho de viudedad, hasta que el usufructo de ellos termine.

Las reglas establecidas para la liquidación y división, son las convenidas en las capitulaciones matrimoniales, y en su defecto las que marcan los Fueros y Observancias.

Segun éstas, el cúmulo divisible se halla constituído, en primer término, por todos los bienes que tienen el carácter de comunes, y en segundo lugar, por las cantidades del fondo comun invertidas en las adquisiciones de bienes para alguno de los cónyuges, ó en mejorar sus fincas, ó en atenciones privativas de los mismos; por los frutos aparentes ó en su defecto los gastos de cultivo; por los réditos perpetuos y anuales; por los bienes muebles que todavía no hubieren poseido los cónyuges, los frutos de las fincas dadas al marido á censo ó violario, los frutos y réditos asignados en instrumento público al pago de algunas prestaciones, si á pesar de la asignación se reciben íntegramente por los esposos, y los inventariados ó asegurados especial ó generalmente con comisión de cojer los frutos y custodiarlos, respecto al año en que se hace el inventario ó seguridad.

Son bienes excluídos del cúmulo divisible, los particulares de los cónyuges con deducción de lo tomado del fondo comun para su adquisición; los bienes muebles, frutos ó réditos consumidos, ó sea aquellos que no existen y cuya inversión no consta; los productos del dinero y bienes inventariados que pertenecen al cónyuge sobreviviente en compensación de la responsabilidad por las pérdidas que sufran; los bienes comunes con que el cónyuge sobreviviente hubiese dotado al hijo comun; y los frutos y réditos asignados en instrumento público al pago de algunas prestaciones, cuando no se reciben íntegramente por los esposos.

G) Según la opinión mas general, el orden que debe seguirse en la división con arreglo á la legislación aragonesa es el siguiente:

1.º Restitución á terceras personas de los bienes ajenos que puedan existir en la sociedad.

2.º Entrega á cada cónyuge ó á sus herederos de su capital privativo.

3.º Pago de las deudas comunes.

4.º Importe de los gastos de funeral y de los necesarios desde la muerte del cónyuge, hasta su sepultura, á condición de que quede una cantidad igual para el cónyuge sobreviviente, pues en otro caso esos gastos deben satisfacerse por los herederos.

5.º Deducción *de las aventajas forales.*

Reciben este nombre las cosas que el Fuero concede al cónyuge sobreviviente para que las saque antes de la división de las ganancias.

Son aventajas del marido todos sus vestidos, libros, armas, caballos y bestias de cabalgar existentes en la casa, dos bestias de arar con los útiles necesarios si los hubiere, y una cama compuesta de ropas buenas.

Son aventajas de la mujer infanzona todos sus vestidos y joyas, una cama compuesta de las mejores ropas que hubiere en la casa, un vaso de plata, una esclava, una mula de cabalgar, y dos bestias de arar con los útiles necesarios. Si no existieren todas estas cosas, añade D. Andrés Blas, la mujer sacará las que hubiere, y además, de todos los enseres de la casa, uno de cada especie.

La mujer villana plebeya saca las mismas aventajas, á excepción del vaso de plata y de la esclava.

El cónyuge sobreviviente tiene derecho á detraer las aventajas forales antes del pago de las deudas comunes, cuando estas exceden al valor de los bienes muebles comunes.

«Este derecho, advierte el Sr. Blas, es hereditario respecto al marido y personal en la mujer, á no ser que sobreviva á su marido, en cuyo caso, como ha recaido ya en ella el derecho, lo transmite á los suyos. En concurrencia de los herederos del marido y la mujer sobreviviente á los suyos, aquellos son preferi-

dos para sacar antes las aventajas, á excepción de la mula de cabalgar que por fuero pertenece á la mujer ingénua.»

Es claro que hoy no debe existir la distinción entre mujer infanzona y villana, ni cabe hablar de esclavos.

Las aventajas no se sacan en caso de comunidad universal, ó pacto de hermandad entre los esposos.

6.º División por mitad del resto de los bienes entre un cónyuge y los herederos del otro.

Para la adjudicación se siguen las reglas preceptuadas en el Código, salvo acuerdo de los interesados que tengan suficiente capacidad.

H) Ahora bien; á pesar de la muerte de un cónyuge no siempre termina, segun hemos dicho, la sociedad. Si el viudo y los herederos quieren, pueden prorrogarla ó continuarla, presumiéndose que esa es su voluntad, cuando no formalizan inventario ó no proceden á la división, ni en forma alguna consta su intención de que la comunidad termine.

Estiman la mayoría de los escritores y así debe entenderse, que esta sociedad no es realmente continuación de la anterior, aunque en ella se funde por constituirse con los bienes existentes de la misma, sino una sociedad distinta. «Esta segunda sociedad, constituída por el silencio de los interesados, dice el señor Nougués, en su «Tratado del consorcio conyugal», difiere de la primera, porque en la una entraban todos los bienes, y en la otra solo entran los que ya existían y las adquisiciones que proceden de título oneroso, haciendo suyos cada uno de los cónyuges separadamente y con completa independencia, los bienes que emanan de un título lucrativo; en la una, todo lo que trabajan los socios es para la sociedad, cualquiera que sea la granjería á que se dediquen y la ocupación en que se empleen; en la otra es patrimonio de cada uno de ellos lo que ganan por efecto de una industria ó de un trabajo extraño á la marcha que primeramente llevaban los negocios de la comunión; por decirlo de una vez, lo que antes existía era una sociedad, que comprendía el producto de la industria, todos los bienes presentes, todos los

muebles futuros cualquiera que fuese el título de su adquisición, los sitios que ingresaron por título oneroso, y los rendimientos de los que procedieran de título lucrativo; y la que forman después es una sociedad particular concreta á lo que hay al tiempo de su formación y á lo que puede lucrarse con la administración de lo que existe entonces.»

Esta segunda sociedad termina por la muerte del cónyuge sobreviviente y la liquidación y división se hace del mismo modo antes expresado, adjudicando el remanente líquido de los bienes comunes por partes iguales á los respectivos herederos.

l) Cuando el cónyuge sobreviviente, sin hacer la división, ha contraído segundo matrimonio, la división de los bienes de la sociedad conyugal, *durante dicha segunda unión*, se hace, como expresa el Sr. Blas, por el orden siguiente:

1.º Restitución de los bienes ajenos á sus dueños.

2.º Entrega de los bienes propios del cónyuge difunto á sus herederos.

3.º Separación de los bienes propios del cónyuge sobreviviente.

4.º Separación de los bienes que hubiere aportado al matrimonio el segundo cónyuge.

5.º Pago de las deudas comunes.

6.º Aventajas forales.

7.º División en dos mitades del remanente de los bienes, una para los herederos del cónyuge premuerto y otra para el segundo matrimonio.

Disuelto este segundo matrimonio, *habiendo continuado la sociedad*, el remanente líquido de bienes comunes se divide en cuatro partes iguales, correspondiendo una de ellas al cónyuge sobreviviente que contrajo segundo matrimonio ó sus herederos, otra á los herederos del cónyuge premuerto, y las otras dos para el cónyuge nuevo de la segunda unión ó sus herederos. En cuanto á los bienes adquiridos por el cónyuge sobreviviente en el intervalo de las primeras á las segundas nupcias, pertenecen en su mitad á los hijos del primer matrimonio y la otra

mitad se divide despues por cabezas entre todos los hijos procedan de una ú otra unión.

J) El proyecto de apéndice al Código civil aragonés contiene, sobre la parte que este estudio nos interesa, las disposiciones siguientes, que aceptan en su esencia el derecho de Aragon, completándole y aclarándole.

«*Art. 118.*—La constitución de la sociedad conyugal de gananciales, se regirá por las siguientes reglas:

»1.ª Solo á falta de capitulaciones matrimoniales, ó en defecto de pactos especiales consignados en ellas, con la limitación del art. 85, regirán las prescripciones del presente capítulo.

»Esta disposición se entenderá sin perjuicio del derecho reconocido en el art. 86.

»2.ª En armonía con estos preceptos, la sociedad de gananciales puede ó no comenzar el día del matrimonio, y renunciarse durante él, mediante el otorgamiento de escritura pública, ó en la forma que determina el art. 87.

»3.ª La sociedad conyugal de gananciales no termina totalmente por la muerte de uno de los cónyuges, en los casos de los arts. 125 y 126.»

«*Art. 119.* Tendrán la consideración de propios de cada cónyuge:

»1.º Los bienes sitios ó inmuebles llevados por él al matrimonio.

»2.º Los bienes sitios ó inmuebles que hubiese adquirido por título lucrativo durante la sociedad legal y los que durante ella hubiese hecho definitivamente suyos por caducidad de la acción para obligarle á retrovenderlos, por consolidación gratuíta de los dominios directo y útil, ó por prescripción comenzada antes del matrimonio.»

«*Art. 120.* Tendrán la consideración de comunes de ambos cónyuges:

»1.º Los bienes de naturaleza mueble, los derechos en general, y los créditos de toda clase, incluso los hipotecarios, que cualquiera de los contrayentes hubiese aportado al matrimonio,

ó que durante él se hubieran adquirido por uno de ellos ó por los dos, á título oneroso ó lucrativo.

»2.° Los bienes sitios ó inmuebles adquiridos durante el matrimonio por título oneroso, aunque la adquisición se hubiere hecho á nombre de uno solo de los cónyuges.

»3.° Las mejoras introducidas en los bienes sitios ó inmuebles de un cónyuge, si se hubieran costeado con el caudal de la sociedad.

»4.° El beneficio reportado con cantidades tomadas del fondo social é invertidas en la redención de censos, hipotecas y otras cargas á que estuvieren afectos los bienes sitios ó inmuebles de cualquiera de los cónyuges, ó en la consolidación de los dominios directo y útil, ejercicio de los retractos, liberación de servidumbres y resolución del pacto de retro ú otro semejante.

»5.° Los bienes y derechos consignados en la sección tercera, capítulo 5.°, título 3.° del libro tercero del Código civil general, cuyas prescripciones regirán como complemento de la presente sección.

»6.° Cualesquiera otros bienes y derechos que conforme á las disposiciones del presente Código deban ser objeto de divisiones, al disolverse la sociedad conyugal la llamada sociedad continuada ó la viudedad.»

«*Art. 121.* Será de cargo de esta sociedad, el cumplimiento de las obligaciones que consten de las capitulaciones, de las que se consignan en este Código, de las que por derecho natural son propias del matrimonio ó consecuencia de la paternidad, y de las demás que á los cónyuges impongan las leyes generales, en cuanto no se contradigan en el presente Código.»

«*Art. 122.* La administración de la sociedad conyugal se regirá por las siguientes reglas:

»1.ª Por lo dispuesto en los arts. 11, 12 y 13 de este Código y de los anteriores del presente título.

»2.ª Es lícito entre los cónyuges la contratación sobre todos sus bienes, salvo lo dispuesto en los arts. 96 y 97 de este Código.

»3.ª La mujer no puede disponer de sus propios bienes ni de los gananciales, sin consentimiento de su marido. El contenido de este artículo, se entiende sin perjuicio de lo preceptuado en el art. 62 del Código civil general, de la facultad que tienen marido y mujer para disponer de sus bienes por actos de última voluntad, y de las demas disposiciones que rigen en los casos de ausencia, separación de bienes de los cónyuges y otros determinados en las leyes, en cuanto no se oponga á lo prescrito en este Código.

»Segun los arts. 11 al 13, «el marido, cualquiera que sea su »edad, es el administrador único de los bienes gananciales. El »marido podrá, sin embargo, autorizar á su mujer para adminis»trar dichos bienes.»

»El marido no puede disponer por contrato de sus bienes sitios, de los de su mujer, ni de los de la sociedad conyugal que tengan la cualidad de sitios, sino con el consentimiento expreso de aquélla.

»La mujer casada puede sin licencia de su marido adquirir toda clase de bienes por título lucrativo, pero no puede disponer por contrato de ninguno de ellos, sino en la forma que se establece en los capítulos 1.º al 7.º, libro 4.º de este Código.»

El art. 123 determina que la sociedad se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, si el sobreviviente no tuviere el derecho de viudedad universal de bienes, ó el de viudedad limitada á los sitios, por anulación del matrimonio y por separación de patrimonios.

«*Art. 125.* Cuando exista viudedad limitada á bienes sitios sin división de muebles, la sociedad legal de gananciales se transformará en sociedad continuada.»

«*Art. 126.* Cuando exista viudedad universal ó limitada, y en este segundo caso se dividan los muebles, la sociedad legal de gananciales se transformará en situación de viudedad.»

Sobre el inventario y liquidación y división de la sociedad, se establecen reglas muy semejantes á las que quedan expuestas como procedentes en el derecho aragonés actual, las cuales no

transcribimos, ni las referentes á la llamada sociedad continuada, por no extendernos más en esta materia.

C. *Navarra.*—La institución de los gananciales se halla muy arraigada en Navarra, donde se conoce con el nombre de *conquistas*.

Es en su esencia igual á la de Castilla, con tanta más razón cuanto que no regulándose la materia en el derecho romano, el derecho supletorio en dicha región es el Código civil, y las leyes de Navarra son imperfectas ó incompletas.

Son bienes gananciales los frutos y rentas de todos los bienes privativos ó comunes existentes en el matrimonio, el producto del trabajo ó industria de cada cónyuge y las adquisiciones á título oneroso hechas durante el matrimonio con las economías ó ahorros de la sociedad. Es, en suma, ganancial cuanto no constituya una adquisición individual ó privativa de alguno de los cónyuges, todo aquello con que se aumente el caudal de la sociedad, sin que proceda de herencia, legado ó donación.

El orígen de la institución es antiquísimo y de procedencia germana. Segun el Fuero, «Si marido et muger hobiesen fecho conquistas, las creaturas deillos saquen meytad daqueillas conquistas, cada unas creaturas en cuyo tiempo fueron fechas aqueillas conquistas.»

Corresponde al marido la administración de los bienes gananciales, y á la sociedad su usufructo ó disfrute. En cuanto á la facultad de disponer se exije el consentimiento de ambos esposos, afirmando así la existencia de la comunidad en el dominio de lo conquistado durante el matrimonio. En el capítulo 14, título 12, libro 3.º del Fuero se lee: «Si fuere casado, non puede vender las arras de su muyller, á menos de otorgamento, *nin lo que comprare ó ganare con eylla,* nin lo que viene de parte deylla.»

El Sr. Morales, representante de Navarra en la comisión de Códigos, dice sobre este particular que, «en la práctica el marido verifica las adquisiciones á título oneroso durante el matrimonio, casi siempre para sí ó solo á su nombre, y alguna vez con su

mujer; en el primer caso el marido vende libremente sin intervención de la esposa; en el segundo, concurre la mujer á la venta, ó presta su consentimiento».

Los gananciales se dividen por mitad entre un cónyuge y los herederos del otro, debiendo procederse al efecto á la formación de inventario y á la práctica de la liquidación, división y adjudicación correspondientes. Sin embargo, la sociedad puede continuar entre los interesados, y los hijos ó herederos no reciben el usufructo de bienes algunos hasta el fallecimiento del cónyuge viudo, á quien pertenece, como sabemos, el derecho de *fealdat* ó viudedad durante su vida, ó hasta la extinción ó pérdida por otra causa de ese derecho especial.

Si no se ha practicado oportunamente el inventario y partición, y el cónyuge viudo contrae segundas nupcias, la primera sociedad de gananciales continúa de derecho mezclada ó confundida con la segunda, haciéndose entonces tres partes de las ganancias, una para el binubo, otra para la persona con quien contrajo segundo matrimonio, ó quien represente sus derechos, y la tercera para los hijos de la primera unión.

«Es doctrina admitida por la opinión general de los fueristas, dice el Sr. Sánchez Roman, que á dichos hijos del primer consorcio, cuyos gananciales no se hayan liquidado, partido y entregado su parte de los mismos, no les son imputables las pérdidas que sobrevinieran en la segunda sociedad conyuyal, puesto que no fué culpa suya el que su madre ó padre se casaran de nuevo sin hacer aquella división y entrega, obligándoles con su omisión á mantenerse dentro de la posterior sociedad de gananciales por seguir *indivisa* la precedente.»

Por último, en interés de los hijos del primer matrimonio, se prohibe al binubo renunciar en favor de su segunda consorte, la parte de gananciales que pueda corresponderle, aun de la segunda unión.

D. *Vizcaya.*—El Fuero de Vizcaya, á diferencia de los de las demás regiones y de la legislación de casi todos los países, para determinar el régimen existente en el matrimonio, se fija en

una circunstancia cuya trascendencia no es posible desconocer: la existencia ó no existencia de hijos ó descendientes procedentes de la unión.

Cuando el matrimonio se disuelve con hijos, dice el Sr. Angulo Laguna en su notable trabajo sobre el «Derecho privado de Vizcaya», parece que aun subsisten las condiciones que impusieron el vínculo que unía los patrimonios de los cónyuges, puesto que los fines para que dicho vínculo fué creado, continúan requiriendo su práctica realización. Parece, en una palabra, añade, que el matrimonio sin hijos es algo así como una simple conjunción, como una mera coincidencia, mientras que el matrimonio con hijos es una verdadera unión que perdura después del fallecimiento de ambos cónyuges».

Esta distinción resulta bien clara en la ley 1.ª del título 20 de dicho Fuero, que es fundamental en la materia, y dice así: «Primeramente dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por ley, que casados Marido y Muger legítimamente, si huviesen hijos, ó descendientes legítimos de en uno, y quedaren de aquel matrimonio vivos (siendo suelto el Matrimonio), todos sus bienes de ambos y dos, muebles y rayzes, asi en posesión como en propiedad (aunque el Marido haya muchos bienes y la Muger no nada, ó la Muger muchos y el Marido no nada), sean comunes á medias, y haya entre ellos hermandad y compañía de todos sus bienes. Y en caso que el Matrimonio se disuelva sin Hijos ni descendientes (por ser toda la rayz de Vizcaya troncal), que si en el tal Matrimonio ambos Marido y Muger, ó alguno de ellos truxiere en dote ó donación bienes rayzes; los tales se buelban y queden con el que los truxo. Y si alguno de ellos vino á Casa y Caseria del otro, con dote ó donación de mueble ó semoviente; que suelto el tal Matrimonio sin Hijos, el tal ó sus herederos ó sucesores, salgan con lo que truxo, y con la meytad de los mejoramientos y multiplicado constante Matrimonio.»

En resumen, quedando hijos ó descendientes legítimos, los bienes familiares quedan en la familia y el sistema matrimonial es el de una comunidad absoluta. Todo pertenece por mitad al

cónyuge sobreviviente y á sus hijos, sea la que fuere la clase y procedencia de los bienes, muebles ó inmuebles, adquiridos en común ó privativamente, por título oneroso ó lucrativo. No quedando hijos, ese sistema no se sostiene, porque conduciría al extremo de sacar una gran parte de los bienes de la familia á que pertenecieron, y el Fuero convierte la comunidad absoluta en una comunidad relativa de muebles y ganancias. Estos bienes y ganancias se dividen por mitad entre un cónyuge y los herederos del otro, mas los bienes raíces privativos del cónyuge premuerto vuelven al tronco, deben siempre quedar en la familia á que pertenecían. Dedúcese, en efecto, de la ley citada, que los bienes muebles entran también en la división por mitad, lo cual asemeja más este sistema (en el caso de no quedar hijos) al de Aragón que al de Castilla.

Los legisladores de Vizcaya, atendiendo siempre á la conservación de los bienes en la familia, llevaron aún más lejos su previsión. La mitad de bienes asignados al cónyuge sobreviviente habiendo hijos, podía pasar en parte á una familia extraña, por virtud de un segundo matrimonio disuelto también con hijos, y para evitarlo, la ley 3.ª del mismo título dispone que los bienes raíces que se donan ú ofrecen para un matrimonio no puedan pasar á los hijos de otro matrimonio distinto. Los hijos de la segunda unión «no puedan haver parte con los hijos del primer matrimonio, en los bienes rayces que assi en el primer casamiento por tal contrato fueren dotados ó donados». Se impone, pues, una reserva de tales bienes en favor de los hijos de la primera unión.

Las leyes 6.ª y 9.ª del mismo título determinan las facultades del marido y de la mujer en los bienes de la comunidad, según que merezcan ó no el concepto de gananciales. «Si constante Matrimonio entre Marido y Muger, dice la primera, se hicieren algunas conquistas y mejoramiento, que el Marido los pueda enajenar, y se pueda vender por sus deudas, con la calidad que dispone la ley del Reyno», esto es, sin ánimo de damnificar á la mujer.

La ley 9.ª determina lo siguiente: «Otrosí, dixeron: Que havían de Fuero y establecían por Ley, que constante Matrimonio, el Marido no pueda vender bienes algunos rayzes, muebles y semovientes, *que no sean ganados durante Matrimonio,* pertenecientes en la su mitad á la Muger, sin otorgamiento de la Muger, aunque los bienes provengan de parte del Marido.»

Se discute entre los autores que han escrito sobre la legislación de Vizcaya, si la comunidad empieza desde la celebración del matrimonio ó sólo desde su disolución, ya que parece que hasta este momento ni aún es seguro el sistema que rije. Mas, queden ó no hijos al tiempo de la disolución, es lo cierto que durante el matrimonio existe una comunidad verdadera, ostensible, no sólo por el disfrute común de todos los frutos y rentas de los bienes y productos del trabajo, sino también por el hecho de no poderse disponer de los bienes aportados por uno ú otro cónyuge, sino con el consentimiento de ambos. Lo que ocurre es que el Fuero distingue entre los bienes propios, que se hacen desde luego comunes entre marido y mujer, y los bienes gananciales, que son muestras transitorias de algo que será ó no común en su día, según que haya ó no ganancias en definitiva, y quede ó no para dividir, siguiendo en lo conquistado el derecho de Castilla, y extremando en los bienes propios, como familiares, las medidas de precaución para que no salgan facilmente de la familia. Si no quedan hijos al disolverse el matrimonio, es precisamente cuando se extingue la comunidad, y si quedan, continúa entre ellos y el cónyuge sobreviviente. Por esto, el Sr. Angulo sostiene que existe durante el matrimonio una comunidad relativa, pues alcanza á los bienes aportados y no á los conquistados, y que esa comunidad está influída por una condición resolutoria negativa, la de no quedar hijos.

E. *Mallorca.*—No existe la institución de los gananciales.

Las aspiraciones particularistas de esta pequeña región, pueden considerarse condensadas, en cuanto afecta al sistema económico familiar, en los siguientos artículos de la Memoria del Sr. Ripoll.

«*Art. 12.*—No existe en el territorio balear la sociedad legal entre los cónyuges, y por lo mismo, no resultan del matrimonio bienes gananciales.

»Cada cónyuge conserva la propiedad de sus bienes sin consideración al vínculo matrimonial.»

«*Art. 13.*—Sin embargo de lo prevenido en el artículo anterior, los futuros cónyuges pueden, en capitulaciones matrimoniales, renunciar al fuero, introduciendo en el matrimonio aquella sociedad con arreglo á las prescripciones del derecho común.»

«*Art. 14.*—El marido, siendo mayor de diez y ocho años, y no teniendo incapacidad moral ó legal, es el administrador de todos los bienes del matrimonio, y, por consiguiente, de los parafernales de la mujer, haciendo suyos los frutos, con obligación de cubrir las cargas de aquél, salvo lo que se disponga en capitulaciones matrimoniales ó en los convenios que entre ambos cónyuges puedan realizarse.»

«*Art. 18.*—Tanto el marido como la mujer, pueden adquirir libremente para sí toda clase de bienes durante el matrimonio. Sin embargo, las adquisiciones de bienes inmuebles hechas por la mujer se considerarán efectuadas con dinero marital, siempre que no acredite haber tenido medios para hacerlo con su propio peculio, y en este caso tendrá el marido acción para reclamar su precio.»

«*Art. 19.*—Si el marido no intentase durante su vida la reclamación del dinero invertido en las compras verificadas por la mujer durante el matrimonio sin medios para ello, ó no dispusiese de él en ocasión de su muerte, se entenderá que de su importe hace donación á la misma, y esta donación tendrá en cuanto á su validez y efectos la que se determina en las leyes comunes.»

Como se ve, se trata de establecer un sistema de separación de bienes, en evidente perjuicio de la mujer.

CAPITULO SEXTO

De la separación de los bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio.

Trata este capítulo de dos materias distintas: una, la separación de bienes en el matrimonio en los diversos aspectos en que puede presentarse, y otra, la administración por la mujer de todos los bienes del matrimonio ó de una parte de los mismos.

A la primera materia se destinan los arts. 1432 al 1440 y 1444; y á la segunda, los arts. 1441 al 1443 y el citado 1444.

En la separación de bienes se distingue la separación *voluntaria*, aceptada como sistema en las capitulaciones matrimoniales, la separación *legal* impuesta por la ley con arreglo al art. 50, y la separación *judicial*, nacida de ciertos hechos excepcionales, previamente declarados por los tribunales de justicia, tales como el divorcio, la interdicción civil y la ausencia.

En la administración de bienes por la mujer, puede establecerse una distinción segun que se trate de proveer á situaciones de naturaleza transitoria, como la rebeldía en causa criminal, ó á otras de carácter más permanente, como la locura ó la interdicción. Además, como hemos dicho, unas veces la mujer solo recibe la administración de sus bienes propios, y otras también la de los bienes del marido, y la de los de la sociedad conyugal.

La materia es nueva, y aunque de carácter excepcional, importante. Antes del Código se señalaban, por ejemplo, los efectos de la interdicción, del divorcio, de la locura ó prodigalidad, etc., como materias dispersas, sin lazo alguno de unión y sin relación á la anormalidad que tales hechos representan respecto

á los bienes del matrimonio. El Código les da la unidad debida, y reglamenta y ordena la materia siguiendo el ejemplo de otras legislaciones, que en su mayoría aceptaron, con modificaciones más ó menos importantes, nuestro proyecto de 1851.

Pasemos al examen del articulado.

ARTÍCULO 1432

A falta de declaración expresa en las capitulaciones matrimoniales, la separación de bienes entre los cónyuges durante el matrimonio no tendrá lugar sino en virtud de providencia judicial, salvo el caso previsto en el art. 50.

A) *Separación de bienes, voluntaria y judicial.—Comentario.*— La separación de bienes en el matrimonio, aceptada por la voluntad de los interesados, á la que se refiere la primera parte del art. 1432, constituye uno de los varios sistemas económicos que pueden regir la sociedad conyugal. De él nos hemos ocupado al principio de este tomo en la *Introducción* al título III del libro IV, haciéndonos cargo de sus ventajas é inconvenientes, y á él nos hemos referido con motivo de las aspiraciones de Cataluña y Mallorca, del régimen supletorio de Italia y de la legislación antigua de Rusia y nueva de Inglaterra.

Nuestro Código no le rechaza, pero no lo mira con favor. Consiente que se adopte por las partes en las capitulaciones matrimoniales, y rija de ese modo en el matrimonio; pero no permite que despues de contraído éste bajo un sistema distinto, puedan los interesados voluntariamente acogerse á él, sean las que fueren las causas que puedan aconsejar la separación. En cambio lo impone como castigo en el caso del art. 50.

¿Qué reglas deben seguirse en el sistema de separación de bienes aceptado voluntariamente por los esposos? Nuestro Código no se ocupa de esta cuestión. Despues de la referencia gene-

ral á la permisión del sistema hecho en el art. 1432, no vuelve á tratar de la separación voluntaria. Supone que los interesados en las capitulaciones no han de limitarse á pactar el sistema, sino que establecerán las reglas necesarias para su realidad y desenvolvimiento.

Si así no fuese, ha de aplicarse el criterio legal, en cuanto deba considerarse admisible, por fundarse en una situación idéntica para ambos cónyuges, y en una igualdad de derechos, que pocas veces existe en los casos de separación judicial.

En efecto, la separación voluntaria de bienes se distingue de la judicial por varias circunstancias. La primera se acepta por la voluntad de los esposos, la segunda se impone por diversas causas que la hacen necesaria. En la primera las partes pueden con libertad establecer las reglas que estimen oportunas para atender durante el matrimonio al sostenimiento de sus cargas, para disponer de los bienes, ó para liquidar en su día, mientras que en la segunda, la ley marca, segun los casos, límites infranqueables y reglas precisas á las que es necesario atenerse. La primera ha de pactarse antes del matrimonio; la segunda procede durante él. Por último, en la separación voluntaria ambos cónyuges están en idénticas circunstancias, no existe motivo para limitar los derechos del marido ni los de la mujer, mientras que en la separación judicial no puede menos de tenerse en cuenta la culpabilidad ó la inocencia de cada cónyuge y la posibilidad ó no posibilidad de atender alguno de ellos al cuidado y administración de sus bienes.

A su vez, la separación legal aparece impuesta en el Código como un castigo á los esposos que contravienen sus disposiciones, contrayendo matrimonio á pesar de las prohibiciones contenidas en el art. 45. Sín embargo, hay aquí más identidad de situación entre los cónyuges, y suprimiendo ciertos preceptos restrictivos que no encajan en el sistema de separación voluntaria, se muestra claramente y debe aplicarse el criterio legal.

Así, pues, cuando los cónyuges en las capitulaciones matri-

moniales acepten el sistema de separación de patrimonios, sin determinar sus reglas, debe aplicarse el art. 50 en su parte más esencial. Cada cónyuge, como dice ese artículo, retendrá el dominio y administración de los bienes que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio; cada cónyuge cuidará de lo suyo, hará suyas las adquisiciones que con su trabajo ó ahorros pueda realizar, y ganará para sí.

Puede y debe sostenerse la prohibición de donar uno de los cónyuges al otro durante el matrimonio, porque ese es el espíritu absoluto del art. 1334, como hicimos notar en su lugar; pero no caben las demás prohibiciones. Los cónyuges han de poder realizar entre sí contratos de venta y permuta, y han de poder disponer de sus bienes el uno en favor del otro por testamento, y han de poder administrar desde la edad de diez y ocho años, con arreglo á los arts. 59 y 1442, sin más limitaciones que las que el mismo art. 59 y el 1444 determinan.

Creemos debe ser éste el criterio legal en lo que á la separación voluntaria se refiere. Además la mujer no puede enajenar los bienes inmuebles que le pertenezcan, sin licencia de su marido ó del juez, si la oposición fuese infundada. Cada cónyuge responde de sus deudas privativas anteriores ó posteriores al matrimonio.

Sobre la separación *legal*, no olvidada en el art. 1432, nada debemos añadir, refiriéndonos al art. 50 y su comentario.

Pero si la separación de bienes no se pactó expresa y oportunamente entre los cónyuges, por no haber mediado capitulaciones matrimoniales ó no haberse consignado en ellas tal estipulación, y la ley tampoco la impone por no proceder la aplicación del art. 50; en suma, si de antemano y desde el mismo momento de la celebración del matrimonio, no rige tal sistema por la voluntad de las partes ó la voluntad de la ley, la separación de patrimonios ya no procede nunca sino en virtud de una causa importante que la haga necesaria ó conveniente, y previa declara-

ción judicial. Esto viene á sostener la Resolución de la Dirección de los Registros de 31 de Marzo de 1898.

La palabra *providencia* en el art. 1432, debe entenderse como sinónima de acuerdo, decreto ó resolución de los Tribunales á instancia de parte. Ya examinaremos en el art. 1433 si procede providencia, sentencia ó auto al efecto de obtener la separación.

De la separación judicial de bienes, se ocupan los arts. 1433 al 1440, por lo que bastan en este lugar las indicaciones generales que quedan hechas.

B) *Códigos extranjeros.*—Todos los códigos que admiten la libertad de estipulación en las capitulaciones matrimoniales, aceptan la separación voluntaria de bienes, como sistema pactado en ellas. Cuando algunos, como los de Venezuela y Uruguay, determinan en otros artículos, que toda separación voluntaria es nula, ó que durante el matrimonio la separación solo procede en virtud de providencia judicial, se refieren á separaciones voluntarias pensadas ó pactadas despues de empezar el matrimonio.

Segun el art. 1164 del código de Guatemala, la separación de bienes se efectúa sin separarse el matrimonio en virtud de decreto judicial, ó por convenio, ó por disposición de la ley.

Mas expresivo aun el código de Méjico, en el art. 2205 determina que puede haber separación de bienes, ó en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, ó durante éste, en virtud de convenio de los consortes, ó de sentencia judicial. Añade en el 2218 que «la separación de bienes por convenio puede verificarse en virtud de divorcio voluntario, ó aunque no haya divorcio, en virtud de cualquiera otra causa grave que el juez califique de bastante con audiencia del ministerio público». Véase también los arts. 2208 al 2217 de dicho código.

Los códigos de Uruguay y Republica Argentina, sólo se ocupan de la separación judicial.

El de Chile dice en su art. 152: «Simple separación de bienes es la que se efectúa sin divorcio, en virtud de decreto judicial ó por disposición de la ley.»

ARTÍCULO 1433

El marido y la mujer podrán solicitar la separación de bienes, y deberá decretarse cuando el cónyuge del demandante hubiera sido condenado á una pena que lleve consigo la interdicción civil, ó hubiera sido declarado ausente, ó hubiese dado causa al divorcio.

Para que se decrete la separación, bastará presentar la sentencia firme que haya recaído contra el cónyuge culpable ó ausente en cada uno de los tres casos expresados.

A) *Separación judicial de bienes: casos en que procede.—Comentario.*—El Código entra á ocuparse de la separación *judicial*, presentando en este artículo, como dice Goyena, reunidos y á un solo golpe de vista los casos de separación de bienes durante el matrimonio, y marcando en los siguientes los efectos de cada uno de ellos.

Tres causas poderosas pueden motivar la separación de bienes durante el matrimonio: la interdicción civil, la ausencia y el divorcio.

1.ª *Por interdicción civil.*—Damos por reproducidas en este lugar las ideas generales expuestas sobre la interdicción como precedente de los arts. 228 al 230, que se ocupan de la tutela de los que sufren esa pena accesoria especial.

Entre los efectos de la interdicción se encuentran la privación al penado de la disposición y administración de sus propios bienes, y con mayor motivo de los bienes ajenos.

Salta á la vista la importancia y trascendencia de este hecho en la vida del matrimonio, sea el que fuere el sistema que rija, pero aun más en el régimen de gananciales y en otros de comunidad relativa, cuando es el marido el que sufre la pena de interdicción. La vida normal de la sociedad se hace imposible; altérase por completo la situación moral y jurídica, y se per-

turban las relaciones personales y las relaciones económicas de la familia.

La interdicción civil puede recaer en uno ú otro cónyuge, pero afecta con más frecuencia al esposo que á la esposa, y produce entonces mayor perturbación, porque falta en la sociedad conyugal el jefe y el administrador de los intereses comunes.

La ley tenía que proveer á esta situación anormal, y por ello, además de las disposiciones relativas á la tutela del interdicto, faculta al cónyuge inocente para pedir la separación de patrimonios, deslindándose así lo que á cada esposo pertenece, y determinando lo que, como bienes del penado, debe administrar su tutor, sea ó no el mismo cónyuge que pide la separación.

2.ª *Por ausencia.*—La ausencia en ignorado paradero rompe de hecho, más ó menos transitoriamente, la vida común de los cónyuges. Atiéndese, en un principio, de un modo provisional á la administración de sus bienes, cuando al efecto no dejó un apoderado especial, y se nombra como su representante en cuantas relaciones jurídicas puedan interesarle, á su cónyuge, con arreglo al art. 183.

Pasados dos ó cinco años, según que el ausente dejase ó no persona que le representara, la situación provisional se hace insostenible, y la ley permite que se cambie en definitiva, solicitando y obteniendo la declaración formal de la ausencia, como expusimos en el comentario de los artículos 184 al 190.

En el caso de ausencia sólo queda un cónyuge: el otro está absolutamente impedido de intervenir en la administración de sus bienes y en el cuidado de los intereses comunes. Por esto, aparte las medidas dictadas en los expresados artículos, puede convenir la determinación de los bienes pertenecientes á cada esposo, y la ley faculta al cónyuge presente para pedir la separación de patrimonios.

No cabe confundir esta situación especial con la más grave y profunda que nace de la declaración de presunción de muerte. Esta equivale á la muerte misma, y por ello no puede tratarse

de una separación de bienes durante el matrimonio, sino de una terminación más definitiva de la sociedad, en la que se procede como en el caso de muerte, y la parte de bienes correspondiente al presunto muerto se adjudica á sus presuntos herederos.

3.ª *Por divorcio.*—Razones de índole distinta á las expresadas anteriormente, llevan al legislador á incluir el divorcio entre las causas que pueden conducir á la separación de bienes durante el matrimonio.

Aquí ninguno de los cónyuges se halla imposibilitado ni incapacitado para la administración ni la disposición de sus bienes; pero la vida de consuno deja de existir, y con ello, de hecho, la sociedad conyugal. Las relaciones entre los cónyuges quedan rotas. Imposible es pretender unión y armonía en los intereses económicos del matrimonio é imposible dejar en manos del cónyuge culpable los bienes de su consorte ó los bienes comunes, dándole un arma para destruir lo mismo que debe conservar, y para causar perjuicios innecesarios, puesto que pueden fácilmente evitarse.

La falta de vida común y la incompatibilidad y desarmonía que entre los cónyuges se establece por el divorcio, hace que en este caso sea aun más necesario que en los otros dos, conceder el remedio de la separación de bienes, y que sea también más frecuente solicitarlo. La medida de la separación de los patrimonios se impone de tal modo, que la señala como uno de los efectos de la sentencia de divorcio el art. 73, lo cual no ocurre en los artículos que se ocupan de la ausencia ni de la interdicción civil.

B) *Procedimiento.*—Ahora bien: ni la pena de interdicción civil, ni la declaración de ausencia, ni el decreto de divorcio, producen por sí solos la separación de bienes en el matrimonio. La ley atiende, ante todo, á la voluntad del cónyuge inocente ó presente, y les concede ese derecho para que á su arbitrio hagan ó no uso de él, solicitándolo ó dejándolo de solicitar; pero obteniendo en su caso la solemne declaración de los tribunales, que revista hecho tan importante y trascendental, de la autenticidad,

publicidad y justicia necesarias, para que se produzcan los extraordinarios efectos que tal declaración debe producir.

La voluntad del cónyuge presente ó inocente es, pues, por sí sola, inútil; la voluntad ó resolución de los tribunales, por sí sola, también lo es, no obstante la gravedad de los hechos ó causas que pueden motivar la separación. El interesado lo ha de pedir y los tribunales lo deben acordar. ¿Con qué trámites? ¿ante que juez? ¿por virtud de qué resolución?

La ley, en el art. 1433, sólo dice: «Para que se decrete la separación *bastará* presentar la sentencia firme que haya recaído contra el cónyuge culpable ó ausente en cada uno de los tres casos expresados.»

Interpretado este artículo aisladamente, su inteligencia es sencilla. No hay necesidad de juicio especial alguno. Ya está impuesta la pena de interdicción, ó está declarada la ausencia ó está decretado el divorcio, hechos que se justifican cumplidamente con la sentencia firme que hubiere recaído; de ese hecho nace el derecho, voluntario en el cónyuge presente ó inocente, de pedir la separación. Al tribunal, por lo tanto, le basta conocer la expresión de esa voluntad en el escrito que al efeto se le dirija solicitando la separación, y cerciorarse de que existe causa legal para ello, por estar decretado el divorcio, declarada la ausencia ó impuesta la pena de interdicción civil.

Se trata de una especie de ejecución de sentencia, porque efecto legal de la sentencia dictada en cada caso es el derecho de pedir la separación. Nada de audiencia del cónyuge culpable ni de otras personas, nada de trámites inútiles, ni de más prueba que la sentencia misma: petición justificada y resolución inmediata decretando la separación, sin que á ello puedan negarse los tribunales, siempre que se cumpla la prescripción legal.

Pero si esto es lo que dice el art. 1433, hay otro, el 1437, según el cual, la demanda de separación y la sentencia firme en que se declare, se deberán anotar é inscribir respectivamente en el Registro de la propiedad. Esto da proporciones mucho mayores al asunto. El art. 1437 parece exigir demanda formal,

juicio declarativo y sentencia solemne. A su vez, el art. 1432, habla de providencia judicial. ¿Qué deducir de todo esto?

Los códigos de Chile, Uruguay y República Argentina, tratan de la separación de bienes como un remedio extraordinario concedido á la mujer casada, cuando su marido es un mal administrador, ó dilapida los bienes ú obra con fraude. De aquí que tenga que mediar un juicio declarativo solemne entre el marido y la mujer, porque es necesario probar los hechos y conceder al demandado el sagrado derecho de defensa. Lo mismo se deduce del código de Venezuela. Y todos estos códigos y el de Italia, siguen en ello las huellas del francés.

El código de Guatemala admite la separación de bienes en el caso expuesto, y exige para que se declare las mismas formalidades que los de Chile, Uruguay y República Argentina; pero también la autoriza en los casos de ausencia é interdicción civil, y en ellos dice, como nuestro art. 1433, que *bastará* para que se decrete, presentar la sentencia declaratoria de esa ausencia ó interdicción.

El código de Méjico que, respecto á la separación judicial, admite las mismas causas que el nuestro, liga la declaración de esa separación á la causa que la produce, como si se tratase de una consecuencia de la misma.

En la necesidad de armonizar en nuestro Código los artículos 1434 y 1437, y en vista de que no se admite en nuestra legislación la separación judicial de bienes por mala administración del marido, nuestra opinión es la siguiente:

El derecho á pedir la separación en caso de ausencia, divorcio ó interdicción civil, no es algo independiente por completo de esas causas, sino ligado íntimamente á las mismas. No exige ni puede exigir la ley que el cónyuge inocente ó presente, sostenga dos juicios diferentes y sucesivos para conseguir la separación de patrimonios, uno primero para obtener el divorcio, por ejemplo, y otro después, para que la separación por esa causa se decrete, porque ésta, en suma, es la consecuencia de aquél, como uno de sus efectos civiles.

Tampoco puede sostenerse que en los casos de divorcio y ausencia, la demanda en que se pide la declaración de tales hechos, y la sentencia en que se acuerdan, equivalen á la demanda y la sentencia de separación, porque no se debe olvidar que el divorcio se entabla ante los tribunales eclesiásticos, y que la ausencia es en cierto modo independiente de la separación de patrimonios.

Debe, pues, suponerse que el legislador en el art. 1437 emplea la palabra sentencia; lo mismo que en el 1432 la de providencia, como sinónima de acuerdo ó resolución judicial.

Por tanto, lo mismo en los casos de ausencia ó divorcio, que en el de interdicción civil, pena que es consecuencia de un delito grave, en cuya persecución y castigo no interviene el cónyuge inocente, si después de dictada la correspondiente sentencia se pide la separación, ha de aplicarse el art. 1433, bastando presentar la ejecutoria que haya declarado la ausencia, decretado el divorcio ó impuesto la pena de interdicción, porque estos fallos se dictaron ya con pleno conocimiento de causa y han sido depuradas suficientemente con anterioridad todas las circunstancias.

En tales casos, creemos con el Sr. Sánchez Román, que la forma más adecuada en la resolución que recaiga es un auto, porque ni la cuestión requiere una sentencia, ni la importancia de la declaración se aviene bien con la naturaleza de las providencias judiciales.

C) *Códigos extranjeros.*—Concuerda nuestro art. 1433 con el 2220 del de Méjico.

Queda expuesta en el comentario la doctrina de los códigos de Chile, Uruguay, Venezuela, República Argentina y Guatemala. Cuando la separación se funda en la mala administración del marido, éste es, desde luego, parte en el juicio que se entable. Véanse los artículos 1165 al 1172 del de Guatemala, 1396 y 1400, párrafo segundo del de Venezuela, 153 al 157 del de Chile, 1946 al 1951 del de Uruguay y 1292 al 1296 del de la República Argentina,

Según los códigos de Chile, Uruguay y Guatemala, no puede

renunciarse en las capitulaciones el derecho de pedir, cuando legalmente proceda, la separación judicial de bienes.

En el código de Chile, art. 1762, la mujer puede pedir la separación, cuando en caso de ausencia ó interdicción no quiera encargarse de la administración de los bienes del matrimonio.

Con arreglo á los artículos 1364, 1391, 1418 á 1420 y 1426 del código de Alemania procede la separación de bienes por casarse la mujer sin consentimiento de su representante legítimo, por mala administración del marido, por no facilitar éste alimentos á su esposa ó descendientes, por caer bajo curatela y por causa de ausencia y entredicho.

ARTÍCULO 1434

Acordada la separación de bienes, quedará disuelta la sociedad de gananciales, y se hará su liquidación conforme á lo establecido por este Código.

Sin embargo, el marido y la mujer deberán atender recíprocamente á su sostenimiento durante la separación, y al sostenimiento de los hijos; así como á la educación de éstos, todo en proporción de sus respectivos bienes.

Efectos generales de la separación de bienes.—Comentario.—El art. 1434 señala efectos generales de la separación de bienes, sea cualquiera la causa que la produzca, y háyase procedido á instancia del marido ó de la mujer. A efectos de la misma clase re refieren los arts. 1438, 1440 y 1458. En cambio los 1435 y 1436 determinan los efectos especiales de tal declaración, segun que sea el marido ó la mujer quien la haya solicitado, y segun que se trate de interdicción civil, ausencia ó divorcio.

El primero y principal efecto de la separación judicial de bienes, una vez decretada, es la disolución de la sociedad de ga-

nanciales, conforme establece ya el art. 1417. Síguese de aquí que toda la materia del capítulo que examinamos, está en relación con el sistema de gananciales, admitido como legal en nuestro Código, porque en él es necesario determinar el caudal ó haber que á cada cónyuge pertenece por su capital propio, y por las ganancias que puedan resultar.

Sin embargo, aunque el art. 1434 expresamente se refiere sólo á la sociedad de gananciales, puede aplicarse en su esencia el precepto á todo sistema de comunidad absoluta ó relativa, y aun en cierto sentido al sistema dotal, porque también en éste ha de preceder una liquidación para determinar los bienes dotales que, en su caso, deben ser restituídos. Sólo existiendo ya el sistema de separación entre los cónyuges, ni cabe que se pida, ni debe ser necesaria liquidación alguna.

Concretándonos, pues, al sistema de gananciales, una vez acordada la separación de bienes, ha de procederse á la formación de inventario con arreglo á los arts. 1418 y 1419, y seguirse las reglas determinadas en los 1421 á 1426, 1428, 1430 y en su caso 1431. Los arts. 1420, 1427 y 1429 no son aplicables.

Poco importa que después uno solo de los cónyuges deba administrar únicamente sus propios bienes ó tambien los del otro. Separado y determinado queda ya, y eso es lo esencial para la ley, lo que á cada cónyuge por todos conceptos pertenece en propiedad, y por tanto lo que en su día deba ser entregado al cónyuge privado de la administración.

Pero la separación de bienes, sea legal, convencional ó judicial, no impide que haya de atenderse á las cargas llamadas del matrimonio, al propio sostenimiento de los cónyuges, y al sostenimiento y educación de los hijos. De aquí la regla contenida en el párrafo 2.° del art. 1434, que repite otra del art. 50. Ambos cónyuges deben cumplir esas cargas en proporción al importe de sus respectivos bienes.

Este párrafo del art. 1434 corresponde exactamente al 1300 del de la República Argentina. El código de Méjico, más expre-

sivo, ordena en su art. 2209, que á esas cargas se atienda en proporción á las *rentas* de los bienes de cada cónyuge, y siendo las rentas insuficientes, en proporción al capital. A su vez, los códigos de Chile, Guatemala y Uruguay, añaden otra regla complementaria: «El Juez, en caso necesario, regulará la cuota con que cada uno de ellos debe contribuir.»

Estas reglas, aunque no se expresan en nuestro Código, son tan naturales, que no hay más remedio que admitirlas. La proporción debe establecerse en primer término, no con el capital, sino con sus rentas ó productos, y sólo cuando éstas no basten y en cuanto no basten, con el importe de los bienes. Además, si los interesados ó personas que al efecto designen, no logran ponerse de acuerdo, evidentemente se impone la regulación por el juez, aduciendo cuantos datos para ello fuesen necesarios.

Critícase en esta parte la disposición del art. 1334, porque no se han arbitrado los medios necesarios para la debida observancia del precepto, ni se establece quien ha de fijar la proporción justa que se impone. Señálanse como remedios, ya el de otorgar en esa determinación cierta supremacía al marido, en virtud de las reglas generales de las relaciones familiares, ya el de remitir la solución de las dificultades á la época de la disolución, por muerte, del matrimonio, aunque reconociendo los incovenientes de ambos recursos.

No creemos que pueda ni deba hacerse más de lo que hace el legislador español y con él los legisladores de las otras naciones citadas. Mientras se practica la liquidación de la sociedad, debe aplicarse el precepto del art. 1430, adaptándolo á la situación especial de que aquí se trata. El administrador del fondo común, por sí ó por orden del juez, debe facilitar á cada cónyuge, ó al que de ellos sea posible, los alimentos necesarios hasta que se les entregue su haber, rebajando después lo entregado de lo que pueda corresponderles por razón de frutos ó renta, ó de sus bienes si resultare exceso. Del mismo modo deben facilitarse alimentos en ese período para los hijos, y como ha de constar lo que durante el mismo han producido los bienes de ca-

da cónyuge, la proporción de lo que debe ser á cargo del marido ó de la mujer, se establece y liquida facilmente.

Terminada la liquidación, y conocido exactamente el haber por todos conceptos de cada cónyuge, la proporción existente entre el del uno y el del otro, es solo una operación aritmética sencilla; de modo que si ha de atenderse, como dice el art. 1434 al sostenimiento de todos los interesados y á la educación de los hijos proporcionalmente al importe de los respectivos bienes, la cuestión queda resuelta por sí sola, mediante el resultado de la liquidación y adjudicación. Si, como creemos, la proporción debe establecerse con la renta de los bienes, se ofrece alguna más complicación, pero tampoco debe haber dificultades, porque el producto medio de los bienes de cada cónyuge es un factor conocido ó de fácil conocimiento, y sin supremacía en la resolución que adopte el marido (con quien no siempre se puede por otra parte contar), ni remisión de la regulación al tiempo de la disolución del matrimonio, debe establecerse lo justo y nada más, por los mismos interesados ó sus legítimos representantes, de acuerdo, ó por personas imparciales que designen.

Esto último es lo que procede en los casos de separación de bienes voluntaria ó legal, puesto que no hay disolución de sociedad ni liquidación.

Por último, si no hay armonía ó acuerdo, y lo que debe ser claro y justo no se reconoce ó acepta por alguno de los cónyuges, surge una de tantas cuestiones en las que se impone la intervención y la resolución judicial. Este último recurso no cabe negarlo á los interesados bajo pretexto alguno.

Cuando uno solo de los cónyuges administre todo el caudal y haga suyos lo que la ley llama gananciales ulteriores, á él incumbe el cumplimiento de todas las cargas del matrimonio, con los productos de los bienes.

Puede ocurrir en los casos de separación voluntaria ó legal, ó en el de separación judicial por divorcio, que uno de los esposos carezca de bienes propios, y no le correspondan tampoco, en su caso, gananciales; ¿tendrá, no obstante, derecho despues de la

separación ó mediando este sistema, á que el otro cónyuge provea á su sostenimiento? ¿lo tendrá aun en el caso de ser culpable?

Se impone la contestación afirmativa. Se separan los bienes, pero existe ó subsiste el vínculo matrimonial y las cargas que lleva consigo. A esas cargas ha de atenderse siempre con los bienes que existan, sean de ambos cónyuges ó de uno solo de éllos. El art. 1434 no distingue, ni hay tampoco razon para distinguir, cuando de alimentos se trata, entre el cónyuge inocente ó el cónyuge culpable; ordena sólo la proporción con el importe de los bienes respectivos cuando ambos los tienen, más es evidente que si todos los bienes pertenecen á uno de los esposos, la proporción se establece por sí sola, porque se trata de una carga de esos bienes, y solo puede imponerse á los que existan, y por tanto á su propietario. Si el marido posee 1000 y la mujer 10, aquél contribuirá, por ejemplo, con 100 y ésta con 1; ¿sería lógico que al faltar esos 10 á la mujer perdiera por completo el derecho á su sostenimiento, y el marido quedase libre de un golpe de toda obligación para con ella, subsistente aún el vínculo matrimonial?

Conforme se halla con esta doctrina la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Mayo de 1900.

Véase el comentario del art. 1408 en lo relativo á su número 5.º.

Otro efecto general á todas las causas que pueden motivar la separación es lo dispuesto en el art. 1458: los cónyuges pueden vender sus bienes el uno al otro, ó permutarlos.

¿Desde cuando surte efectos la sentencia de separación de bienes? Dejamos íntegra la resolución de esta cuestión para el comentario del art. 1437.

Códigos extranjeros.—Concuerda el art. 1434 con los 158, párrafo 1.º y 160 del código de Chile, 1173 y 1176 del de Guatemala, 1953 y 1955 del de Uruguay, 1402 y 1412 del de Venezuela y 1300 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 1435

La facultad de administrar los bienes del matrimonio, otorgada por este Código al marido, subsistirá cuando la separación se haya acordado á su instancia; pero no tendrá la mujer en este caso derecho á los gananciales ulteriores, y se regularán los derechos y obligaciones del marido por lo dispuesto en las secciones segunda y tercera, capítulo 3.º de este título.

A) *Efectos de la separación de bienes acordada, á instancia del marido.—Comentario.*—Procediendo de lo más sencillo á lo más complicado, el Código trata primero de los efectos especiales de la separación judicial de bienes, en el caso de decretarse á instancia del marido.

Esto supone que la mujer es culpable ó está impedida, que ha sido condenada á la pena de interdicción, ó ha dado causa al divorcio, ó ha sido declarada su ausencia. El marido, usando de su derecho, pide y obtiene la separación, la sociedad se liquida y se determinan los bienes que á cada cónyuge corresponden. ¿Se entregan á cada cual los suyos? No tal: quedan en poder del marido todos aquellos cuya administración le correspondía con anterioridad.

I. *Bienes del matrimonio.*—¿Que bienes son éstos que el artículo 1435 califica de bienes del matrimonio? El Código se expresa en una forma que, en nuestra opinión, no deja lugar á duda: subsiste la facultad otorgada al marido de administrar los bienes del matrimonio, es decir, en cuanto á la administración, todo sigue igual á partir de la separación y consiguiente liquidación de la sociedad, sigue el marido administrando cuanto antes administraba, ni menos ni más: esto es todo. Así lo comprueba con relación al divorcio, el número 5.º del art. 73.

¿No administraba los parafernales?: no puede seguir administrándolos. Continuarán en poder de la mujer en caso de divor-

cio, ó se darán á la persona á quién legítimamente corresponda su representación, sea ó no el mismo marido, en los casos de interdicción ó ausencia, y por efecto de estos hechos, no por efecto de la separación. Por eso si el tutor ó representante de la mujer no es por cualquier circunstancia el marido, el marido no recibe ni administra los bienes parafernales, á pesar de pedir y obtener la separación.

En cambio, el marido sigue administrando, una vez decretada á su instancia la separación: 1.º Sus bienes propios. 2.º Los bienes dotales y los parafernales que le hubiesen sido entregados ante notario en escritura pública para su administración. 3.º Los bienes antes llamados comunes ó gananciales, convertidos en capital propio de uno ú otro de los cónyuges. Esto es, todo aquello cuya administración, como hemos dicho, le correspondía anteriormente con arreglo á los artículos 59, 1357, 1384 y 1412.

De todos estos bienes sólo requiere alguna explicación lo referente á los bienes comunes ó gananciales. Como la sociedad de bienes ha quedado disuelta y se ha practicado su liquidación y división, ya están determinados los bienes que deben considerarse gananciales, que son aquellos que en concepto de tales se adjudiquen al marido ó á la mujer. No hay, pues, que indagar, con arreglo á los artículos 1401 al 1407, el carácter que merece cada objeto, sino atender al resultado de la división. A partir de la separación, en sustitución de los bienes que antes eran comunes, el marido administra las ganancias que han resultado, ya le corresponda á él su propiedad ó pertenezca también á la mujer.

No encontramos fundamento bastante para otra solución. Se dice que la mitad de gananciales correspondiente á la mujer, debe ser entregada á ésta ó sus representantes, excluyéndose de la administración que al marido concede el art. 1435. No es así en nuestra opinión. El marido, según ese artículo, continúa administrando todos los bienes que administraba, y como entre ellos estaban los que han resultado gananciales, claro es que él

continúa en su administración. Ni sería lógica otra solución, porque entregar á la mujer su mitad de gananciales y no entregarle su dote, es establecer una distinción innecesaria en bienes que todos son de la mujer y todos deben seguir la misma suerte, sin que esa distinción resulte claramente del art. 1435, ni de ningún otro de los del Código. Si estando la mujer presente y cumpliendo todos sus deberes, no administra su dote ni los gananciales, y la ley, por razón de su ausencia ó de su culpa, cree conveniente que siga privada de la administración de sus bienes dotales, no hay razón para concederle arbitraria y caprichosamente la de su parte de ganancias. Estas, en realidad, son ya capital de la mujer que se aumenta á la dote y sigue en todo la suerte de los bienes dotales, como lo prueba la referencia que el mismo art. 1435 hace á las secciones 2.ª y 3.ª del capítulo destinado á esa materia.

El marido, por tanto, en esta situación, administra, en resumen: 1.º Sus bienes propios (como capital ó como ganancias). 2.º Los bienes propios de su mujer (como ganancias ó como capital), en cuanto ya anteriormente tuviese su administración.

II. *Facultades del marido.—Obligaciones.*—Las facultades del marido en sus bienes propios son las inherentes al dueño. Con relación á los bienes de su mujer, el marido es más que un administrador, puesto que sus facultades son las que la ley le atribuye en los artículos 1357 y siguientes respecto á la dote. El marido es usufructuario con limitaciones determinadas, como hicimos notar; percibe, pues, todos los frutos y rentas de los bienes de su mujer, sin tener que dar cuenta á nadie de su inversión.

Pero así como goza de esos derechos, tiene también las obligaciones que en materia de dote le impone la ley, y como la primera de ellas, la de constituir hipoteca que asegure cumplidamente los derechos de la mujer, como propietaria de los bienes, á quien en su día han de ser restituídos. Aun asegurada en su dia la dote, si han resultado ganancias en la liquidación, existe un aumento de bienes propios de la mujer que merecen la con-

sideración de dotales inestimados, por lo que los inmuebles deben inscribirse en el Registro de la propiedad á nombre de ella, y la devolución de los muebles debe garantizarse con hipoteca teniendo derecho á exigirla y á calificar su suficiencia las personas determinadas en los artículos 1352 y 1353.

La aplicación del primero de estos artículos puede ofrecer alguna dificultad siendo la mujer mayor de edad En caso de divorcio intervendrá la misma mujer. En caso de interdicción, y siendo tutor el marido, debe intervenir el protutor. Por último, en caso de ausencia, y correspondiendo también al marido la representación de la ausente, como es lo natural, quedan más abandonados los derechos de la mujer; pero por una parte, para la debida liquidación de la sociedad, habrá tenido que nombrársele un representante ó defensor especial, por la oposición de intereses del marido, y por otra, existe el precepto del art. 1053 por virtud del cual los Fiscales pueden proceder de oficio ó á instancia de cualquiera persona, ó á excitación de los Jueces.

El marido que continúa con la administración de los bienes del matrimonio, como usufructuario de ellos, debe cumplir, naturalmente, todas las cargas inherentes al usufructo, y atender al sostenimiento de la mujer (si ésta estuviese en condiciones para ello), y al mantenímiento y educación de los hijos, sin olvidar que, con arreglo á la prescripción general del párrafo segundo del art. 1434, al cumplimiento de este deber han de contribuir los bienes de ambos cónyuges en proporción á su importe respectivo. Esta disposición puede ser innecesaria en el supuesto del art. 1435, dadas las facultades del marido, si las rentas ó frutos de los bienes son más que suficientes para el cumplimiento de las expresadas cargas; pero cabe su aplicación si tuvieren que contribuir los bienes por no haber rentas bastantes.

Siendo el marido tutor ó representante de su mujer en los casos de ausencia ó interdicción, ó no existiendo parafernales, aun en caso de divorcio, á él sólo incumbe facilitar los recursos necesarios. Unicamente, en caso de divorcio, y conservando la

mujer la administración de bienes parafernales, puede exigir de ésta que contribuya en la debida proporción, ya que esas cargas comunes siguen existiendo, y á ellas están afectos también los frutos de los citados bienes.

III. *Gananciales ulteriores.*—El art. 1435 completa su disposición estableciendo que la mujer no tendrá derecho á los gananciales ulteriores. ¿Cuáles son éstos?

Ya hemos dicho varias veces que la palabra *gananciales* se usa por el legislador y en la práctica en un doble sentido expuesto á confusión. Bienes gananciales durante la sociedad son los expresados en los artículos 1401 al 1407. Gananciales después de disuelta la sociedad, son las ganancias que resultan de la liquidación, una vez reintegrado cada cónyuge de su capital y satisfechas las deudas y cargas comunes.

En el caso del art. 1435 ya no hay sociedad de gananciales, ya no puede haber adquisiciones á título oneroso á costa del capital común, ni procedentes del trabajo ó industria de ambos cónyuges ó de cualquiera de ellos, ni gastos ó mejoras realizados con un fondo común que no existe. Los artículos 1401 á 1407 dejan de tener aplicación. Hay sólo bienes privativos de uno ú otro de los esposos, y frutos ó rentas de esos bienes, que, salvo en lo relativo á bienes parafernales, pertenecen, en el caso del artículo 1435, al marido.

Desde que se decreta la separación, y la liquidación se termina, hasta que por muerte del marido ó de la mujer hayan de devolverse á ésta ó sus herederos los bienes que, como capital ó gananciales, la corresponden, pueden resultar nuevas ganancias procedentes del capital propio y del ajeno que usufructúa y administra el marido, aumento de bienes, adquisiciones ó economías realizadas en ese período por el usufructuario y administrador. Estos son los gananciales ulteriores á que se refiere la ley, y no pueden ser otros. El marido, por virtud de la separación, recibe bienes por valor de 100.000 pesetas. Al tiempo de su muerte existe un capital propio y ajeno de 150.000. Ese exceso es la ganancia ulterior que la ley adjudica exclusiva-

mente al marido, privando de todo derecho sobre él á la mujer.

En cambio, si existen pérdidas, como no libran al marido ó sus herederos del deber de restituir íntegramente á la mujer ó á los suyos su capital, recaen exclusivamente sobre el marido que tuvo el usufructo y la administración.

Es claro que como el aumento de valor de los bienes, ó su pérdida ó deterioro, por obra de la naturaleza ó del tiempo, ó por caso fortuíto, favorece ó perjudica á su respectivo propietario, no puede, en su caso, considerarse aquel como ganancia ulterior propia exclusivamente del marido. Ha de cumplirse el precepto del artículo 1360 como lógico y natural, y comprendido en la sección segunda del capítulo relativo á la dote.

También debe tenerse presente, sobre expensas y mejoras por el marido en los bienes de la mujer, lo dispuesto en el artículo 1368.

En suma, los bienes de la mujer se restituyen, siguiendo en todo las reglas relativas á la dote, y cuanto queda después pertenece al marido, con todas las ganancias ó con todas las pérdidas que puedan haber resultado, sin que proceda, ni aun la aplicación del art. 1425, no comprendido entre los que de la dote se ocupan.

Más que un sistema propio de separación de bienes, resulta en el caso del artículo 1435, un sistema dotal impuesto por la ley.

IV. *Enajenaciones y gravámenes.*—Nada hay que decir respecto á los bienes propios del marido. Pero ¿cómo se enajenan y gravan en la situación expuesta los bienes propios de la mujer?

No es sencilla la contestación. Si por una parte tienen los bienes de la mujer la consideración de dotales, con arreglo al art. 1435, por otra no puede olvidarse que, salvo el caso de divorcio, son bienes de una persona sometida á tutela, ó de un ausente, y que ha de tener quien represente su persona y derechos, siendo lo natural que su representante ó tutor sea el mismo marido.

El caso de *divorcio* es el más sencillo. Puesto que los bienes

deben considerarse como dotales, sólo hay un artículo que pueda estimarse aplicable, que es el 1361. No debe haber más dificultades que las que puedan resultar de la desavenencia entre los esposos. La mujer, mayor de edad, enajenará ó gravará, con licencia de su marido; la menor con autorización judicial é intervención de las personas señaladas en el art. 1352. Se aplicará ó no el segundo párrafo del art. 1361, según que el precio ó equivalente quede ó no en poder del marido, pues si el objeto de la enajenación fuese, por ejemplo, pagar deudas de la mujer, es claro que no procede la constitución de hipoteca.

En el caso de *ausencia*, sea mayor ó menor de edad la mujer, puesto que de todos modos ella, que es la propietaria de los bienes, no puede intervenir, se impone la misma solución. Aqui no existe consejo de familia, y el marido no puede obrar por sí solo, porque los actos de enajenación y gravamen exceden á sus facultades sobre los bienes dotales. Ha de considerarse, por lo tanto, en todo caso, como menor de edad la mujer, y bajo esta base, aplicarse el art. 1361, requiriéndose la autorización judicial.

En caso de *interdicción civil,* suponiendo aplicable esta pena á la mujer, cuando por razón del sexo se sustituye á la pena de cadena la de reclusión, la cuestión es muy dudosa. ¿Bastará la aplicación de los artículos referentes á la enajenación y gravamen de bienes de personas sometidas á tutela, ó regirá el precepto del art. 1361? Difícil es la elección en tal caso. ¿Se impondrá el cumplimiento del uno y de los otros por el doble carácter de los bienes? Parece innecesario ese lujo ó cúmulo de formalidades.

Esta cuestión nos lleva como de la mano á otra importante. ¿Es que el marido, que obtiene la separación de bienes, debe equipararse á un tutor que no puede realizar acto alguno importante respecto á los bienes que administra de la mujer, sin la obligada intervención de un consejo de familia? En este punto hay que confesar que las facultades del marido son más extensas que las de un tutor, puesto que el marido es, no sólo

administrador sino usufructuario; pero esto nada significa, porque siempre cabe la posibilidad de actos, como los de enajenación y gravamen, ú otros que excedan sus facultades propias y requieran la intervención del consejo, como cabe que la mujer tuviese bienes parafernales administrados por ella, en los que los derechos del marido, en su caso, son sólo los de un tutor. Y de todos modos, en caso de interdicción civil, rigen los preceptos relativos á todo el organismo tutelar.

Debe haber, pues, siempre consejo de familia. Añádase á esto que el art. 1361 preve el caso de ser la mujer mayor de edad y capaz, ó ser menor, pero no el de hallarse incapacitada, y que en el caso de interdicción civil, es indiferente que sea mayor ó menor, domina la nota de ser incapaz. Esto nos mueve á estimar aplicables á ese caso las reglas relativas á la enajenación y gravamen de bienes de personas sometidas á tutela, que, por otra parte, deben considerarse también pertinentes, aun existiendo el precepto del art. 1361, y no mediando separación, al caso de ser loca ó demente la mujer y estar el marido en posesión del cargo de tutor.

Pero tanto en el caso de ausencia como en el de interdicción civil, no basta que el marido, por sí y como representante de su mujer, solicite la autorización para enajenar y gravar, pues pudiendo haber intereses opuestos, y siendo la mujer la dueña, se requiere que intervenga el protutor en caso de interdicción, ó las personas á que se refiere el art. 1352 en caso de ausencia.

Véase el comentario del art. 1359 en cuanto modifica con relación á ciertos bienes el precepto del 1361. Véase también el 1363.

El art. 1435 confiere un derecho al marido. Si éste, una vez separados los bienes, no quiere encargarse de la administración de los de la mujer, el hecho supone una renuncia y el derecho recae en la persona á quien debiera corresponder á falta del marido, sea la misma mujer en caso de divorcio, ó aquélla que deba ejercer la tutela ó representación de la incapacitada ó ausente.

***

Cuando el marido, á pesar de poder pedir la separación de bienes en los casos en que procede, no la solicita, la sociedad de gananciales no se disuelve, ni por consiguiente se liquida. El marido, con arreglo al núm. 5.º del art. 73, en caso de divorcio, ó como jefe de la sociedad conyugal, y tutor ó representante de la mujer en los otros casos, sigue administrando sus bienes propios, los dotales ó parafernales asimilados á la dote, y los comunes, como en los casos normales; y cuando la sociedad se disuelva por muerte, los gananciales que resulten se dividen por mitad entre ambos cónyuges ó sus herederos respectivos, todo sin perjuicio de otros efectos especiales del divorcio, la ausencia ó la interdicción.

B) *Códigos extranjeros.*—No pueden existir concordantes de este artículo en los códigos de Uruguay, Venezuela, Chile y República Argentina, pues sólo á instancia de la mujer puede decretarse la separación, sin perjuicio de las disposiciones especiales de los casos de ausencia, divorcio ó interdicción.

En el código de Guatemala se entrega á cada cónyuge su haber, y cada cual administra lo suyo, y hace suyas las ganancias provenientes de su administración (artículos 1173 y 1174). Aunque este código no distingue, el precepto sólo puede aplicarse á la separación acordada por mala administración del marido.

En el código de Mejico tampoco existe verdadero concordante. En caso de ausencia, la parte de bienes correspondiente al ausente se entrega provisionalmente á sus herederos (artículo 749). En caso de divorcio (art. 276), continúa en el marido la administración de los bienes comunes. En caso de interdicción, el art. 2224 sólo se refiere á esa pena cuando se impone al marido.

ARTÍCULO 1436

Si la separación se hubiera acordado á instancia de la mujer por interdicción civil del marido, se transferirá á la misma la administración de todos los bienes

del matrimonio y el derecho á todos los gananciales ulteriores, con exclusión del marido.

Si la separación se acordare por haber sido declarado ausente el marido ó por haber dado motivo para el divorcio, la mujer entrará en la administración de su dote y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hayan correspondido.

En todos los casos á que este artículo se refiere, quedará la mujer obligada al cumplimiento de cuanto dispone el párrafo segundo del art. 1434.

A) *Efectos de la separación de bienes, acordada á instancia de la mujer.—Comentario.*—La separación de bienes durante el matrimonio se ha solicitado y obtenido á instancia de la mujer. El marido ha sido condenado á la pena de interdicción civil, ha dado causa al divorcio, ó ha sido declarado ausente en paradero desconocido. El presente art. 1436 señala los efectos especiales de esta situación anormal, que introduce, en lo relativo á la administración de los bienes del matrimonio, mayor perturbación aún que en el caso previsto en el art. 1435.

La ley aquí distingue. O la causa en que se funda la separación es la interdicción civil, ó es consecuencia de las otras dos. No son, sin embargo, iguales, como veremos, los efectos en el caso de divorcio que en el de ausencia.

Primer caso.—Interdicción civil.—La ley ordena que se transfiera á la mujer la administración de *todos* los bienes *del matrimonio* y le otorga además el derecho á todos los gananciales *ulteriores* con exclusión del marido.

Lo expuesto en el comentario del artículo anterior simplifica sobremanera el comentario de este artículo. Las palabras empleadas *bienes del matrimonio*, y *gananciales ulteriores*, tienen, y no pueden menos de tener en ambos artículos, idéntica significación.

Aludiendo á un estado de separación, bienes del matrimonio son, lógicamente, los pertenecientes á uno y otro de los esposos. Si alguna duda quedase, la resolvería el mismo art. 1436,

pues, según su párrafo segundo, en caso de divorcio, la mujer administra su dote y los demás bienes que, como resultado de la liquidación, le hayan correspondido. Luego, si en el caso de interdicción civil administra algo más, administra *todos los bienes del matrimonio*, ese algo más tiene que ser los bienes del marido, ya determinados por la separación y liquidación. No se habla de bienes de la sociedad, porque ésta ya no existe, y porque no se trata sólo de los bienes comunes.

Si la mujer administraba sus bienes parafernales, sigue administrándolos con independencia de lo dispuesto en el artículo 1436 que habla de *transferir* á la mujer un derecho que antes no tenía, sin alterar en nada la situación respecto á los que le correspondieran con anterioridad.

La sociedad de gananciales se disuelve y liquida, determinándose lo que por capital y gananciales corresponde á cada uno de los cónyuges; pero todos los bienes del matrimonio que antes administraba el marido y se llamaban propios de él, dotales ó comunes, pasan á ser administrados por la mujer, sin más distinción que la de ser unos de su exclusiva propiedad y otros de la propiedad de su esposo.

La mujer es en este caso quien ha de atender á su propio sostenimiento y al de su esposo é hijos, así como á la educación de éstos, si bien con el deber y el derecho de que á dicho fin contribuyan proporcionalmente sus bienes y los del marido, con arreglo al art. 1434.

Todas las ganancias que puedan resultar de la administración de los bienes, desde el día de la separación hasta el de la disolución del matrimonio, que son los gananciales ó ganancias *ulteriores* á que alude el Código, pertenecen exclusivamente á la mujer.

Repetimos aquí lo expuesto con relación al marido en el caso del art. 1435. Los aumentos de valor provenientes de la naturaleza ó del tiempo, siguen á los bienes en que tal aumento se realiza y pertenecen á su propietario, no son gananciales ulteriores. La mujer obtiene las ganancias, si las hay; más si

hay pérdidas, ella las sufre, como consecuencia de su administración. El deterioro en cosas determinadas, no siendo por su culpa ó negligencia, es imputable al propietario respectivo. Las circunstancias son, en toda esta parte, iguales para la mujer que para el marido,

¿Cómo administra la mujer? ¿Es ó no usufructuaria, más ó menos limitadamente, de los bienes de su marido? ¿Con qué formalidades puede vender ó gravar?

Cuestiones son estas relacionadas íntimamente con este artículo, pero cuyo desenvolvimiento corresponde al comentario de los artículos 1442 y 1444. Sólo adelantaremos aquí que las facultades de la mujer son iguales, según aquél artículo, á las de su marido, y que tanto por ello, cuanto por la declaración de pertenecerle todas las ganancias ulteriores, debe estimarse que no sólo tiene la administración, sino el usufructo de los bienes de su marido, con las limitaciones consignadas en los artículos 1358 y siguientes.

Cuando la mujer, á pesar de su derecho, no solicita la separación de bienes, la sociedad de gananciales no se disuelve ni liquida; mas, á pesar de ello, se transferirá á la mujer la administración de todos los bienes del matrimonio, con arreglo al art. 1441. ¿Qué diferencia existe, pues, entre un caso y otro? ¿En qué se distinguen los efectos de la separación, de los de esa transferencia del derecho de administrar? La contestación es sencillísima. En el caso del art. 1436, la sociedad ha terminado; la mujer administra bienes suyos y bienes del marido perfectamente deslindados y separados, y cuantas ganancias adquiera ú obtenga después de la separación le pertenecen. En el caso del art. 1441, la mujer administra sus bienes, los que constituyen el capital de su esposo, y los que merecen, con arreglo á los arts. 1401 al 1407, el concepto de gananciales ó comunes; la sociedad, á pesar de todo, no se disuelve, y por ello las ganancias posteriores, como las anteriores, pertenecen por mitad á ambos cónyuges.

Segundo caso.—Divorcio.—Las relaciones que en este caso se

establecen por la separación son sencillas. La ley tiene en cuenta que no existe imposibilidad material ni jurídica para que el marido administre, y que, aun dando causa al divorcio, queda suficientemente castigado con la pérdida de cuanto le hubiese sido dado ó prometido por el cónyuge inocente ó por otra persona en consideración al mismo, y con la privación de la administración de los bienes de la mujer.

Los efectos de la separación de bienes en caso de divorcio, vienen á ser los mismos que los de la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges. Las diferencias, consistentes en la posibilidad de volver á constituirse la sociedad de gananciales, y en atender los esposos, proporcionalmente al importe de sus bienes, al cumplimiento de las cargas comunes, son consecuencia natural de la subsistencia del matrimonio, de existir la separación sólo en cuanto á los bienes, y no respecto á las personas.

Decretada por lo tanto la separación, la sociedad de gananciales se disuelve y liquida, y se entregan, tanto al marido como á la mujer, los bienes que por su capital y por las ganancias resultantes les correspondan. Cada cónyuge administra sus propios bienes y obtiene para sí las ganancias ó sufre las pérdidas que en lo sucesivo puedan resultar, como consecuencia de su administración. En proporción al importe de sus respectivas rentas, atienden, sin embargo á su sostenimiento y al sostenimiento y educación de sus hijos.

En la liquidación de la sociedad no puede olvidarse lo dispuesto en el número 3.º del art. 73, á cuyo precepto se refiere el 1440.

Ahora bien; ¿qué ocurrirá si la mujer no pide la separación de bienes? Segun el referido art. 73, la sentencia de divorcio produce, entre otros efectos, la separación de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administración de los de la mujer, si la tuviese el marido, y fuese quien hubiera dado causa al divorcio. Debemos deducir, sin embargo, que ese importante efecto se produce ó no se produce, en vista del art. 1433, á vo-

luntad de la mujer, que siendo un derecho á su favor concedido por la ley como consecuencia del fallo, queda en su mano pedir ó no su cumplimiento, y si deja de pedirlo, la separación de bienes no existe, la sociedad no se disuelve, el marido sigue administrando los bienes comunes, y las ganancias se dividen en su día por mitad. No es, sin embargo, natural que así ocurra, porque la subsistencia de la administración en el marido es en tales circunstancias un peligro para la mujer, y la situación de ánimo de ésta no es la más á propósito para que prescinda de sus derechos, por lo que de ordinario se pide desde luego el divorcio con todas las consecuencias que la ley le señala en el art. 73.

Tercer caso.—Ausencia.—La ley en el art. 1436 iguala este caso con en el de divorcio.

Salta, sin embargo, á la vista que las circunstancias son muy distintas. En el caso de divorcio el marido está presente, existe y es capaz. En el caso de ausencia, el marido no puede administrar, no se sabe si existe, ni aun supuesta su existencia, dónde estará. La mujer, como dice el artículo, entrará en la administración de su dote, y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hayan correspondido, y conservará naturalmente la administración de sus parafernales, si la tenía; pero ésto es solo un aspecto de la cuestión, falta algo que hay que buscar en otros artículos, ya que el 1436 solo nos ofrece esa deficiente solución.

¿Qué se hace con los bienes propios del marido, y con los demás que como resultado de la liquidación le hayan correspondido, ya que á él no se le pueden entregar? Sin atender á que se haya decretado ó no la separación de patrimonios, el art. 187, en relación con el 188, declara que la administración de los bienes del ausente casado, corresponde en primer término á la mujer, administrando ésta sus bienes propios, los del marido, y los de la sociedad conyugal. A su vez, el art. 1441, número 2.°, dice que la administración de los bienes del matrimonio se transfiere á la mujer cuando pide la declaración de ausencia de su marido, con arreglo á los arts. 183 y 185.

Antes, por consiguiente, de declararse al marido ausente, ya se nombra representante del mismo á la mujer, y se le transfiere de hecho, primero provisionalmente, y mas tarde de un modo definitivo, la administración de todos los bienes del matrimonio. ¿Altera este resultado el hecho de pedirse y decretarse la separación? Puede ó no alterarlo, segun las circunstancias.

Si no se pide ni decreta la separación, la sociedad de gananciales subsiste, la mujer administra todos los bienes, y cuando el matrimonio deba entenderse disuelto, por conocerse la muerte del marido, ó por declararse la presunción de su fallecimiento, cuantas ganancias existan se dividen por mitad.

Cuando la separación se solicita y obtiene, al determinarse los bienes pertenecientes á cada cónyuge por su capital y ganancias, es desde luego potestativo en la mujer aceptar ó no la representación del ausente, y encargarse ó no de la administración. Hasta parece que el hecho de pedir esa separación innecesaria de bienes, revela tal designio, y así viene á interpretar esta cuestión el código de Chile. Sin duda atendiendo á que la transferencia de la administración de los bienas del marido, es desde luego efecto de la ausencia, independiente de la separación de patrimonios, y á que esa administración recae en la mujer como representante de su esposo, cuando realmente lo sea por aceptar su representación, el art. 1436 omite este importante efecto de la separación en caso de ausencia. Mas es lo cierto que lo mismo ocurre cuando la causa de la separación es la interdicción civil, sin que ello haya servido de obstáculo para proceder en el mismo articulo de un modo distinto y dar al caso diversa solución.

La omisión ó deficiencia de la ley, da lugar á una duda de importancia. Al fin, con arreglo al art. 187 y al 1441, no hay más remedio que reconocer que, aun en el caso del art. 1436, ó sea pidiendo la mujer la separación de patrimonios, le corresponde de derecho, en primer término, no solo la administración de sus bienes dotales, sino tambien la de los bienes propios del marido, y la de los gananciales que por resultado de la liquida-

ción hubiesen correspondido á uno ú otro de los cónyuges. Pero, ¿á quién pertenece eso que la ley llama gananciales ulteriores á la separación?

En el caso de interdicción civil, la mujer lo administra todo; como ya no hay sociedad, cuanto gane ó pierda la mujer durante su administración, cede en su beneficio ó en su daño, disposición lógica dados los derechos de la mujer sobre los bienes con arreglo al art. 1442.

En el caso de divorcio, cada cónyuge recibe lo suyo desde luego, y lo administra cada cual en lo sucesivo; puesto que no hay sociedad, gana ó pierde para sí. Esto también es lógico y natural.

Pero en el caso de ausencia, si todo lo administra la mujer, ¿serán para ella las ganancias? La ley no lo dice, y antes bien parece deducirse lo contrario al igualar sus efectos con los del divorcio. ¿Serán las ganancias para ambos cónyuges partiéndose á la disolución del matrimonio por mitad?: tampoco, porque eso sería suponer que aun existe una sociedad que la ley declara disuelta. ¿Hará suyas cada esposo las ganancias obtenidas con sus propios bienes? Esta es la solución que parece más conforme á la ley en vista del art. 1436; mas su realización práctica es difícil, casi imposible, á no traducirse en una fórmula general que adjudique en su día las ganancias en proporción al importe de los bienes de cada cónyuge, é imponga las pérdidas en igual proporción. Más esta fórmula que aun supone la existencia de una sociedad, siquiera no sea la de gananciales, si bien justa en abstracto, ¿lo es igualmente con relación á un caso en que la administración se ejerce solo por un socio, sin posibilidad de intervención alguna por parte del otro cuyo paradero se desconoce? ¿No sería lo más razonable dar á este caso la misma solución que al de interdicción civil? También cabría repartir proporcionalmente las ganancias é imponer las pérdidas solo al administrador; pero ¿en que texto fundarse para ello?

Apuntamos estas dudas sin resolverlas, aunque nos inclinamos á adjudicar á la mujer las ganancias ulteriores á la sepa-

ración, en vista del precepto del art. 1442, que le confiere las mismas facultades y le impone idénticas responsabilidades que al marido cuando ejerce la administración, ya que es visto que éste, si administra en caso de separación por ausencia, tiene derecho á las ganancias ulteriores con arreglo al art. 1435.

En la revisión del Código debe, no obstante, completarse y aclararse el art. 1436 en la parte que á la ausencia se refiere.

B) *Códigos extranjeros.—Código de Méjico.* – En caso de ausencia, los bienes del ausente pasan á sus herederos presuntos (artículo 749). En caso de divorcio vuelven á cada consorte sus bienes propios (art. 274). En caso de interdicción civil, la mujer administra sus bienes; los comunes y los del marido son administrados por el apoderado que él designe, y en su defecto por la mujer (art. 2224).

Código de Guatemala: arts. 1173 y 1174. Bajo la base de la separación por mala administración del marido, determina que se entreguen á la mujer sus bienes, y cada cónyuge gane en lo sucesivo para sí. No establece reglas especiales á la separación en los casos de interdicción ó ausencia.

Lo mismo que el código guatemalteco establecen los artículos 158 del código de Chile, 1953 del de Uruguay y 1299 y 1301 del de la República Argentina, y lo mismo se deduce del 1402 del de Venezuela.

El código de Chile, además, preceptúa (art. 1762), que si la mujer no quisiere encargarse de la administración de la sociedad conyugal, puede pedir la separación de bienes en los casos de ausencia é interdicción, y en tal caso los bienes del marido se administran por un curador.

ARTÍCULO 1437

La demanda de separación y la sentencia firme en que se declare, se deberán anotar é inscribir respectivamente en los Registros de la propiedad que corresponda, si recayere sobre bienes inmuebles.

A) *Anotación en el Registro de la propiedad de la demanda y sentencia sobre separación de bienes.*—Según el núm. 4.° del artículo 2.° de la ley Hipotecaria, son inscribibles «las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar ó la presunción de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdicción ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto á la libre disposición de sus bienes».

El art. 4.° del reglamento para la ejecución de dicha ley, añade: «Las sentencias ejecutorias que deben inscribirse, conforme á lo dispuesto en el párrafo cuarto del art. 2.° de la ley, no son tan sólo las que expresamente declaren la incapacidad de alguna persona para administrar sus bienes, ó modifiquen con igual expresión su capacidad civil en cuanto á la libre disposición de su caudal, sino también todas aquellas que produzcan legalmente una ú otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante.»

El art. 42 de la misma ley, declara á su vez que «podrán pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro público correspondiente: *Quinto.* El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las providencias expresadas en el núm. 4.° del art. 2.° de esta ley.»

Es un hecho indudable que la sentencia de separación de bienes produce el efecto de modificar la capacidad civil del marido, la de la mujer ó la de ambos, por lo que, aunque el artículo 1437 no lo expresase, tanto esa sentencia, como la demanda interpuesta para obtenerla, estarían comprendidas en los números y artículos transcritos de la ley Hipotecaria y su reglamento, y serían, en su virtud, inscribibles ó anotables.

Atiende el Código á los importantes efectos que la separación de bienes debe producir con relación á terceros, y ordena que, á la demanda primero, y á la sentencia después, se les dé la publicidad necesaria por medio del Registro de la propiedad, haciéndolas constar con relación á todos los bienes inmuebles sobre los cuales corresponda á los cónyuges, y figure inscrito

á su nombre, de presente ó más tarde, algún derecho que deba ser modificado por consecuencia de la separación.

Sin embargo, no debe perderse de vista que la separación de bienes arranca siempre de una causa grave, que modifica desde luego, ó puede modificar al arbitrio de los interesados, según los casos, la capacidad civil de los cónyuges para disponer y obligarse.

Así, en el caso de interdicción civil y en el de ausencia, debe inscribirse la sentencia firme en que tales hechos se declaren. Pedido el divorcio y como consecuencia de él la separación, ó la privación al marido de su derecho de administrar los bienes de su mujer, puede y debe solicitarse la anotación de la demanda, como puede y debe exigirse en su caso la inscripción de la ejecutoria.

Esta declaración de incapacidad ó de modificación de la capacidad civil de las personas, se hacen constar, como dicen los Sres. Galindo y Escosura, no sólo en las hojas del libro del Registro de la propiedad destinado á las fincas que estén inscritas á favor del incapacitado ó interesado, sino además, en el libro especial de incapacitados, mandado abrir por orden de la Dirección de 12 de Agosto de 1863. Este último asiento tiene por objeto prevenir para lo sucesivo, á fin de que no se inscriban nuevas fincas ó derechos á favor del incapacitado, sin que alcance á los mismos, por no haberse podido hacerlo constar oportunamente, la modificación experimentada en la capacidad de su dueño ó poseedor.

Si consta en el Registro la interdicción civil ó la ausencia, ó el divorcio por culpa del marido, consta ya lo principal, los terceros están advertidos. La separación de bienes después de eso, significa, sin embargo, algo más: significa que la sociedad de gananciales se disuelve y liquida, y que hasta que la liquidación se termine, y como consecuencia de ella, se inscriban á favor de cada cónyuge los bienes que les hayan correspondido, sólo pueden disponer ó contratar sobre aquellos en que su derecho no pueda sufrir alteración, á pesar de la causa que hu-

biese dado origen á la separación. Hecha la inscripción de la liquidación, división y adjudicación de los bienes de la sociedad, y determinado por ella lo que á cada cónyuge pertenece, y por la de la sentencia de separación la de la causa que lo produjo, sólo resta aplicar la ley y exigir en cada caso, para todo acto de enajenación ó gravamen, el cumplimiento de las formalidades ó requisitos que fueren procedentes.

La anotación de la demanda, que se dirija especialmente á obtener la separación, ó tenga por objeto conseguir el divorcio ó la declaración de ausencia, y como efecto inmediato, la separación de bienes, es ya una voz de alarma, un aviso á los terceros que puedan contratar sobre los inmuebles ó derechos reales pertenecientes al matrimonio, porque por ella se hace público el estado de la sociedad y se conocen las posibles consecuencias de cada contrato ó transmisión.

Aunque el art. 1437 dice que, tanto la demanda como la sentencia, se *deberán* anotar é inscribir, respectivamente, en el Registro de la propiedad, es evidente que el juez no puede proceder de oficio, sino á instancia del cónyuge interesado, y que se trata de un derecho concedido á éste, no de una obligación. Ni la inscripción es forzosa, ni mucho menos la anotación. Se trata de actos inscribibles ó anotables; pero la ley ordena estas operaciones, sólo en interés del cónyuge inocente ó presente. Sí él descuida ó abandona el ejercicio de sus derechos, sufrirá en su caso las consecuencias de su omisión. La ley lo que quiere expresar, en armonía con los principios generales de la ley Hipotecaria, es, que ni la demanda ni la sentencia pueden perjudicar los derechos de terceros respecto á bienes inmuebles, mientras no sean conocidas y se hagan públicas mediante su anotación ó inscripción; que para los terceros, y tratándose de esos bienes, sólo es verdad lo que conste del Registro; que el tercero que adquiera algún derecho sobre los bienes del matrimonio y lo inscriba á su favor antes de que conste inscrita la sentencia ó anotada la demanda, no puede ser perjudicado por efecto de la separación pedida ó decretada.

Así, el marido es el administrador de los bienes de la sociedad de gananciales. Interpuesta por la mujer y por causa de divorcio la demanda de separación, y aun tal vez después de decretada ésta, pero sin que conste la anotación ó inscripción, el marido enajena una finca ganancial. El acto se inscribe y su eficacia se mantiene aunque esa finca se haya adjudicado ó se adjudique después á la mujer, quien sólo puede exigir de su marido la indemnización del perjuicio que se le ocasiona.

En cambio, anotada la demanda, sabe el tercero que puede decretarse la separación, y que del resultado de ésta y de la liquidación que ha de seguirla, depende la eficacia de su adquisición; é inscrita la sentencia y disuelta, en su virtud, la sociedad de gananciales, todo acto de enajenación ó gravamen que el marido realice, es un acto nulo, porque ha perdido las facultades, que como jefe le correspondían, con arreglo al artículo 1413.

A los efectos del decreto de separación de bienes respecto á terceros, por lo que á los bienes no inmuebles se refiere, y mientras no exista un registro formal en que se haga constar toda alteración, pudiera y debiera exigirse el cumplimiento de las formalidades prevenidas en el art. 1322.

B) *¿Desde cuando surte efectos la sentencia de separación?*.—Según el art. 1420 del código de Italia, la sentencia que pronuncia la separación de bienes se retrotrae al día de la demanda. En nuestro Código, para resolver esta cuestión, sólo tenemos los preceptos de los artículos 1434 y 1437. Según el primero, acordada la separación, queda disuelta la sociedad, lo que parece indicar que hasta que la separación se decrete, la sociedad subsiste. Según el segundo, la demanda de separación debe anotarse en el Registro, lo que envuelve la idea de la retroacción de los efectos de la sentencia, porque si, á pesar de la anotación, debieran estimarse válidos y eficaces los actos del marido, por ejemplo, hasta el día de la sentencia, esa anotación sería hasta rídicula.

Desde la presentación de la demanda hasta el pronuncia-

miento del fallo, media cierto período de tiempo, y aun más si se pide la separación al solicitarse la declaración de ausencia ó de divorcio. Inútil parece la anotación en el Registro cuando la ausencia del marido ó de la mujer les imposibilita para realizar acto alguno; pero aparte de que pudieron dejar un representante, ni se trata únicamente de ese caso, ni la cuestión afecta sólo á terceras personas, pues respecto á los frutos ó rentas de los bienes, y á las ganancias posteriores á la demanda, por ejemplo, puede ser importantísimo determinar si los efectos de la separación, y por tanto, la liquidación y división de los bienes de la sociedad, han de arrancar desde el momento del fallo ó desde el día en que la reclamación se interpuso.

La demanda es para los interesados lo que la anotación es para los terceros. Dado el peligro que puede envolver, para el cónyuge inocente ó presente, el hecho de que en el expresado período, desde la demanda á la sentencia, el cónyuge condenado á la pena de interdicción, ó el culpable en el divorcio, ó el representante del ausente, puedan abusar de su poder haciendo desaparecer los bienes más ó menos fraudulentamente, y teniendo en cuenta que hasta puede dilatarse el juicio, promoviendo incidentes de mala fe, para conseguir más participación en determinadas ganancias, nosotros creemos que los efectos del fallo deben retrotraerse á la fecha de la interposición de la demanda, y que en este sentido, enteramente conforme con la letra y espíritu del art. 1437, y con los principios generales del derecho procesal, debe ser interpretada la declaración que hace el 1434, de quedar disuelta la sociedad de gananciales una vez acordada la separación.

La condición resolutoria que afecta á los actos realizados por los cónyuges en el repetido período, en lo que se refiere á las relaciones entre ellos mismos, y mediante la anotación de la demanda, en lo que respecta á terceras personas, confirma la misma solución.

Esto no obsta á que la sentencia no pueda ejecutarse mientras no se dicte, ni á que la liquidación de la sociedad, aun retro-

trayéndose en sus efectos, no se practique hasta que se decrete la separación, porque antes carecería de razón y de eficacia, puesto que solo sería un acto convencional prohibido durante el matrimonio, y aun sin base segura en que apoyarse por no haberse dictado el fallo que al efecto exige la ley. Del mismo modo la administración de sus bienes, ó de todos los del matrimonio no puede transferirse á la mujer hasta despues de dictada la sentencia, y decretada por ella la separación. Solo cabe entretanto y á partir de la demanda, que el Juez, á instancia de parte, y como previene para el caso de divorcio el art. 68, y para el de ausencia el 182, dicte medidas preventivas y de carácter interino, á fin de evitar que el marido, ó en su caso el representante del ausente designado por éste, perjudique á la mujer en la administración de los bienes. Así lo establece la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Enero de 1900.

Entre estas medidas, no debe olvidarse, en su caso, pedir la anotación preventiva de la demanda á que se refiere el art. 1437. Las demás medidas han de tener por objeto asegurar también, en cuanto á los bienes muebles, los efectos de la sentencia de separación.

A pesar de todo, implicando la separación de patrimonios un cambio ó alteración del régimen económico familiar durante el matrimonio, es sensible que no exista un Registro especial en que tal alteración se haga constar, como hicimos notar al ocuparnos de las capitulaciones matrimoniales.

C) *Códigos extranjeros.*—Concuerda el art. 1437, con el 1403 del código de Venezuela y 2228 del de Méjico.

Segun el art. 1184 del código de Guatemala, el acto de la separación de bienes, ya sea por convenio entre los cónyuges ó por sentencia judicial, se anotará al margen de la inscripcion matrimonial en el Registro civil.

ARTÍCULO 1438

La separación de bienes no perjudicará á los derechos adquiridos con anterioridad por los acreedores.

A) *Efectos de la separación de bienes respecto á los acreedores.* —Este artículo, relacionado intimamente con el anterior, completa los efectos legales de la separación de bienes de los conyuges respecto á terceras personas.

La separación supone un cambio de régimen en el matrimonio. A partir de ella, cambian de ordinario los derechos de los cónyuges respecto á los bienes; pero hasta que se pida, deben estimarse válidos y eficaces los actos y contratos otorgados por el marido ó por la mujer dentro de sus respectivas atribuciones, y por tanto han de respetarse, aunque los derechos nacidos de tales actos y contratos se ejerciten despues de la separación.

Goyena, comentando el art. 1360 del proyecto de Código de 1851, dice: «*La separación no perjudica*. Se tendrá, pues, como no acaecida respecto de los acreedores, y éstos podrán ejercitar sus derechos y acciones con toda seguridad. Pero su acción ha de limitarse á su derecho é interés; en todo lo demás surtirá efecto la sentencia de separación».

«Esta disposición absoluta, sin mencionarse la palabra *fraude*, hace innecesaria, y envuelve la negativa de la intervención de los acreedores en la instancia de separación; si no pueden ser perjudicados por la sentencia, no deben intervenir en aquélla, y en los secretos de familia: por lo mismo no podrán pedir la separación de bienes».

En la palabra acreedores deben estimarse comprendidos cuantos tienen la facultad de exigir de los cónyuges el cumplimiento de una obligación, ó la efectividad de un derecho.

Para que los acreedores puedan ampararse en el precepto del art. 1438, es preciso que tengan un derecho adquirido contra la sociedad ó contra alguno de los cónyuges, con anterioridad á la separación. Existe un cambio de régimen, y el nuevo no pue-

de tener efecto retroactivo; pero al principio de la no retroactividad no puede dársele más extensión de la que en justicia le corresponda.

A semejanza de lo que el Código establece en sus disposiciones transitorias, podemos decir que son derechos adquiridos en el caso del art. 1438, aquellos que nacen ó se fundan en hechos realizados durante el régimen anterior al de separación, estuviesen ó no en ejercicio, pues, como decía la Comisión, si existían legítimamente segun el sistema bajo el cual tuvieron orígen, si dependía solamente de la voluntad de los que los poseyesen ponerlos ó no en ejercicio, son derechos tan adquiridos como los que hubiesen ya producido ó estuviesen produciendo su debido efecto.

Los acreedores cuyo derecho arranque de un hecho posterior á la separación, y fundado en el régimen anterior, no pueden pretender su efectividad. Pero, ¿qué diremos de aquellos cuyos derechos nacieron en el tiempo intermedio desde la demanda á la sentencia?

Con relación á bienes inmuebles ó derechos reales sobre los mismos, rigen los preceptos de la ley Hipotecaria, á que nos hemos referido en el comentario del artículo anterior. Todo depende de que la demanda fuese ó no anotada, y de que el tercero conociese ó no, en su consecuencia, la situación de la sociedad.

Tampoco puede haber cuestión respecto al preferente derecho de la mujer para ser reintegrada de su capital, puesto que es anterior al de los acreedores de que tratamos.

Pero ante los terceros, como en su lugar hemos hecho notar, la personalidad del marido y la de la sociedad se identifican. Si el marido contrae un préstamo despues de interpuesta por la mujer la demanda de separación, y el acreedor una vez hecha la liquidación reclama su importe, ¿deberán por ello disminuirse los gananciales asignados á la mujer? El acto del marido debe en este caso estimarse ilegal y fraudulento, por lo que, con arreglo al art. 1413, no puede perjudicar á la mujer. El acreedor debe cobrar exclusivamente de los gananciales del marido ó de

su capital propio; pero si éste falta y aquellos son insuficientes, ¿podrá conservar la mujer su parte de ganancias en perjuicio de los derechos de ese acreedor, que suponemos que, de buena fe ó ignorando la existencia de la demanda de separación, contrató con el marido, jefe de la sociedad? Quizás, en el rigor del derecho deba resolverse esta cuestión, aun en el caso excepcional que nos ocupa, en favor de la mujer, cuyo derecho á su parte de ganancias arranca de la demanda de separación, y que ha sido ya pagada en bienes determinados en la época en que el acreedor entabla su reclamación. La equidad, en cambio, habla en favor de ese acreedor que obró de buena fe, y que no obtiene una ganancia, sino que pide lo que entregó. En todo caso su derecho sería preferente si hubiese adquirido esa prelación con relación á bienes determinados, muebles ó inmuebles.

Sólo conocemos una sentencia en que se trate de la aplicación del art. 1438. Seguido pleito de divorcio por el marido contra su mujer, y una vez dictada sentencia y decretada la separación, ambos cónyuges otorgaron escritura de separación de bienes y liquidación de la sociedad, dándose por reintegrada la mujer de todos sus derechos. El procurador de la demandada, por honorarios y gastos suplidos en el pleito, obtuvo, después de otorgada dicha escritura, embargo para el cobro sobre una finca de la exclusiva pertenencia del marido, y anotó su derecho en el Registro. Interpuesta por el marido tercería de dominio, opúsose el procurador pidiendo la nulidad de la escritura como otorgada en fraude de sus derechos. La Audiencia rechazó la tercería; pero interpuesto recurso de casación por haberse aplicado indebidamente, entre otros, el art. 1438, el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de Diciembre de 1892, declara en la parte que interesa á nuestro estudio, que, «por no tener la finca en cuestión carácter ganancial, *ni derechos adquiridos* sobre ella el procurador demandante, carecía dicho artículo de aplicación, habiéndosele dado indebida al mantener el apremio, fundándose en que la separación de bienes no perjudica los derechos adquiridos por los acreedores.»

Sobre la finca y por razón del embargo, el procurador evidentemente solo tuvo derecho adquirido con posterioridad á la separación, pero el crédito reclamado se fundaba en un hecho anterior. Creemos justa y legal la sentencia, pero la cuestión requería, á nuestro juicio, mayor copia de razones. El crédito del procurador nació con la contestación á la demanda de divorcio y separación y con las diligencias posteriores; el acreedor no podía ignorar las posibles consecuencias del pleito, sabía que el marido quería sus bienes propios desligándose de todo compromiso y obligación ulterior, y que en el momento en que trabajaba, estaba ya moralmente extinguida una sociedad contra la que no tenía adquirido ningun derecho. Aun sin tales circunstancias, el Tribunal Supremo tiene declarado que siendo rica la mujer, ella es quien debe sufragar los gastos de su defensa, sin perjuicio de su derecho contra la sociedad, si alguno le correspondiese. Véase el comentario de los arts. 1408 y 1410.

Salvo casos excepcionales, los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales se hallan debidamente garantidos en el Código con su derecho, como interesados, á intervenir en la liquidación y división, con la facultad de oponerse á la que se realice sin su intervención, si con ella se les irroga irreparable perjuicio, y con su preferencia en el cobro de sus créditos ó en la efectividad de sus derechos, cuando la merecen, con arreglo á los arts. 1422 y 1423. Con el criterio que expusimos al comentar estos artículos, debe ser interpretado el que ahora comentamos, cuando después de hecha la liquidación de la sociedad, surjan reclamaciones ó se pretendan derechos adquiridos con anterioridad á la demanda de separación.

El precepto del art. 1438, debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria, y sin perjuicio de lo establecido respecto á las acciones de rescisión, cuando los bienes que puedan reclamarse se hallen legalmente en poder de terceras personas que los posean con buena fe. Véase también el artículo 1111.

B) *Códigos extranjeros.*—Concuerda este artículo con el 2227

del código de Méjico, 1954 del de Uruguay, 1404 del de Venezuela que añade: «pero los efectos de la sentencia se retrotraen á la fecha del registro de la demanda.»

Los arts. 1177 del código de Guatemala, 161 del de Chile, y 1303 del de la República Argentina, preceptuan que los acreedores de la mujer separada de bienes, tendrán acción para reclamar contra los bienes de ella, por actos ó contratos que legítimamente pudo celebrar, cuya doctrina es evidente.

ARTÍCULO 1439

Cuando cesare la separación por la reconciliación en caso de divorcio, ó por haber desaparecido la causa en los demás casos, volverán á regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que durante ésta se hubiese ejecutado legalmente.

Al tiempo de reunirse harán constar los cónyuges, por escritura pública, los bienes que nuevamente aporten, y éstos serán los que constituyan respectivamente el capital propio de cada uno.

En el caso de este artículo, se reputará siempre nueva aportación la de todos los bienes, aunque en parte ó en todo sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de la separación.

A) *Régimen de los bienes del matrimonio cuando cese la separación.* —La separación judicial de bienes, cualquiera que sea la causa que la motive, puede no ser definitiva. Los cónyuges pueden reconciliarse en caso de divorcio; puede volver el ausente ó tenerse de él noticias; puede cesar la interdicción. La separación es un remedio heroico, extraordinario, una situación anormal impuesta por las circunstancias. Al cesar éstas, al desaparecer la causa que motivó la separación, la ley quiere que la separación cese también y vuelvan las cosas al sér y estado que tenían con anterioridad.

Son los mismos cónyuges que libremente pactaron ó aceptaron el sistema de gananciales, ú otro determinado distinto al de separación; ambos tienen de nuevo la misma capacidad que antes, están en la misma armonía, no se hallan en ningún concepto imposibilitados de intervenir en cuantos actos interesen al matrimonio ó á la sociedad; no existe, pues, razón para mantener el estado anómalo de la separación de bienes, ni puede, por otra parte, alterarse lo que en las capitulaciones matrimoniales se pactó ó aceptó. Por esto, la ley, en el art. 1439, ordena, ante todo, que vuelvan á regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes de la separación.

Para producirse este efecto, este nuevo cambio de régimen, adoptándose el que era normal, el primitivo en esa sociedad, no se exige juicio alguno, ni intervención de la autoridad judicial: basta que haya cesado la causa que produjo la separación. Reunidos de nuevo los cónyuges, deben otorgar escritura pública, haciendo constar los bienes que cada uno de ellos aporta á la sociedad.

Según el art. 1451 del código francés, la sociedad puede restablecerse con el consentimiento de ambos cónyuges, no pudiendo realizarse sino en virtud de acta levantada ante Notario, hecha pública en la Sala del Tribunal. Restablecida así la comunidad, retrotrae su acción al día del casamiento, quedando las cosas en el mismo estado como si no hubiera existido la separación.

Algo análogo establece el art. 1443 del código de Italia.

¿Debe entenderse lo mismo en nuestro Derecho? La sociedad restablecida, ¿retrotrae su acción al día del casamiento? ¿Es condición indispensable para el restablecimiento, que se otorgue por los cónyuges la escritura pública á que se refiere el párrafo segundo del art. 1439?

La diferente redacción empleada en nuestro Código, revela claramente que es distinta la idea del legislador. No hay retroacción, ni es necesaria. Hubo una sociedad, sociedad que se extinguió, y hubo un estado de separación que también termina.

Se constituye una sociedad nueva, aunque basada en los mismos principios, regida por las mismas reglas, como expresión fiel del mismo sistema económico familiar. La sociedad anterior desapareció y fué liquidada definitivamente.

Por esto, el art. 1439 establece que se reputará siempre *nueva* aportación la de todos los bienes, aunque en parte ó en todo sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de la separación.

Por otra parte, nuestro art. 1439 no liga de tal modo la existencia de la nueva sociedad con el otorgamiento de la escritura pública, que pueda afirmarse que sin ella continúa la separación. Al contrario, después de declarar que al cesar la causa de dicha separación, volverán á regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes, en párrafo distinto expresa que al reunirse los cónyuges harán constar por escritura los bienes que nuevamente aporten. No es una escritura en que se establezca un régimen determinado como en las capitulaciones, pues con ella ó sin ella, el régimen ha de ser el mismo, el anterior á la separación; es simplemente una escritura expresiva de los bienes nuevamente aportados, que en su día servirá de prueba para separar lo que es propio de lo que es ganancial, lo que es dote de lo que no tiene ese concepto, de interés para los mismos cónyuges; pero no determinante de un cambio, que no puede quedar al arbitrio de los interesados.

Los actos legalmente realizados por uno ú otro de los cónyuges durante la separación, han de ser respetados, como los actos realizados por los esposos antes del matrimonio. Sus créditos son nuevas aportaciones, sus deudas han de considerarse anteriores á la constitución de la nueva sociedad, rigiéndose en su caso por el precepto del art. 1410. Supóngase que se trata de un matrimonio contraído de nuevo, y bajo esta base deben resolverse las dudas que puedan ocurrir, lo que ha de considerarse como bienes privativos de los cónyuges ó bienes gananciales, lo que es ó no carga de la sociedad legal, las facultades de los esposos, cuándo nace y cuándo se disuelve la asociación

con todas sus consecuencias, derechos de los acreedores anteriores ó posteriores á la nueva unión, etc., etc.

¿Puede constituirse nueva dote al reunirse otra vez los cónyuges? ¿Cuándo empieza la nueva sociedad? ¿Cómo se regulan las relaciones económicas del matrimonio entre los socios y con relación á terceros, cuando los cónyuges no otorgan la escritura á que el art. 1439 se refiere?

Aunque se trata de una nueva sociedad, sus reglas han de ser las mismas que fueron establecidas antes de la separación, porque esas fueron las que los mismos socios que ahora se reunen, fijaron ó aceptaron al contraer matrimonio, y porque subsistiendo éste es nula toda alteración voluntaria que pueda hacerse en el régimen matrimonial ó en condiciones esenciales del mismo. Así, pues, serán bienes dotales en la nueva sociedad los bienes que ya tenían antes esa consideración, con los aumentos, disminuciones ó subrogaciones que hayan experimentado, pudiéndose constituir nueva dote ó aumentarse durante el matrimonio por terceras personas, pero no por el marido ni por la mujer, como hicimos notar en su lugar.

Como la hipoteca que aseguraba la devolución de la dote debió cancelarse, á no haber continuado el marido administrando los bienes, forzoso será constituir otra nueva, á cuyo efecto la mujer tiene los derechos que le reconocen los artículos 1349, 1356 y 1358.

La nueva sociedad empieza al cesar la causa que motivó la separación, al restablecerse la vida normal del matrimonio, pues sólo de este hecho hace depender el art. 1439 en su párrafo primero, el que vuelvan á regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes. Lo contrario equivaldría á dejar á voluntad de los esposos el que continuase ó no el sistema de separación, y á alterar con ello lo pactado ó aceptado en las capitulaciones ó al tiempo de la unión.

Para las relaciones entre los interesados es indiferente que la escritura se otorgue inmediatamente, como debe hacerse, ó se demore ó no llegue á realizarse. Las consecuencias de su omisión

perjudican, desde luego, á los mismos cónyuges. Si los bienes de la mujer no son debidamente garantidos, si en su día se considera ganancial lo que no debe serlo por no poder justificarse su aportación ó procedencia, á nadie puede quejarse.

Claro es que entre los esposos, una vez reunidos, con escritura ó sin ella, no puede menos de imperar el mismo régimen que antes de la separación. Vuelve la mujer á ocupar su puesto en la familia, reclama la constitución de la hipoteca dotal, obliga á la sociedad con consentimiento de su marido, y por los gastos diarios usuales de la familia, hace constar las donaciones ilegales ó las enajenaciones fraudulentas que su esposo realiza, necesita la licencia de éste para disponer y obligarse, etc. Recobra el marido la facultad de administrar sus bienes propios y los gananciales y los dotales de la mujer, obliga con sus actos á la sociedad, dispone á título oneroso de los bienes comunes, etc.

Como consecuencia también de haber cesado la separación, se cancelarán las hipotecas que el marido ó la mujer hubieran podido constituir para garantizar la administración de los bienes del otro.

Con respecto á terceros y á los derechos de los cónyuges sobre bienes inmuebles ó derechos reales, hay que aplicar los preceptos de la ley Hipotecaria. La escritura en que consten las nuevas aportaciones ha de inscribirse en el Registro de la propiedad. Si así no fuese, y en él constara la separación, por una parte no podrían inscribirse los actos realizados por el marido ó por la mujer fuera del círculo de sus facultades en el sistema de separación, y por otra parte se inscribirían esos mismos actos si fuesen procedentes en dicho sistema. Los terceros, por lo tanto, con relación á bienes inmuebles, sólo pueden ser perjudicados por lo que conste en el Registro, sin que el simple otorgamiento de la escritura de aportación pueda modificar en nada sus derechos ni su situación.

Respecto á otros terceros, la redacción del art. 1439, y el carácter de la escritura de que se trata, nos obliga á estimar

vigente el sistema de gananciales y no el de separación, regulándose bajo esta base sus derechos. De ordinario, interesa á los mismos esposos acreditar ó justificar su nueva situación, ya que aun el otorgamiento de la escritura no prueba en modo alguno su conocimiento por terceras personas. La situación de esos terceros puede ser á lo más la misma que la de aquéllos que, engañados por uno ú otro de los esposos, ó por ambos, contratan con ellos bajo la base de un sistema que no es verdad. Véase lo expuesto sobre este punto al tratar de las capitulaciones matrimoniales.

Apuntamos esta solución como la que parece más conforme con el precepto del art. 1439, sin desconocer que la opinión contraria sería un estímulo para obligar á los cónyuges á que otorgasen la escritura y que á ésta pueda concedérsele mayor importancia que la de hacer constar simplemente las aportaciones, puesto que este hecho ha de fundarse en haber cesado la separación y haberse restablecido ó restablecerse, en su consecuencia, la sociedad de gananciales. Lo evidente, sin embargo, es que hacer depender ese restablecimiento del otorgamiento de la escritura, es dejar el sistema que ha de regir al arbitrio de los interesados, y que el tercero que ignore el hecho de la reconciliación de los cónyuges, la rehabilitación del penado ó la presentación del ausente, ignorará también la existencia, en su caso, de la escritura. Lo más prudente, en todo caso, al contratar con los esposos, es exigir que justifiquen cumplidamente la situación legal del matrimonio.

B) *Códigos extranjeros.*—Exige la escritura pública para el restablecimiento de la sociedad el art. 1405 del código de Venezuela.

El 1957 del de Uruguay requiere precisamente decreto del juez á petición de ambos cónyuges.

El 1304 del de la República Argentina exije escritura pública ó decreto judicial.

Los códigos de Chile (art. 165), Guatemala (1181), y Méjico (2229), sólo dicen que al cesar la causa de la separación, ó res-

tablecerse la administración por el marido, queda restaurada la sociedad en los mismos términos que estuvo constituida antes. Añaden los dos primeros, y con ellos los de Uruguay y República Argentina, que el marido, para poner á cubierto su responsabilidad, hará constar por inventario solemne ó por escritura pública, los bienes de la mujer que entran de nuevo bajo su administración.

En cambio, el de Méjico dice que, si así lo prefieren los cónyuges, pueden celebrar nuevas *capitulaciones*, que se otorgarán conforme á derecho.

Expuesta queda la doctrina de los códigos de Francia é Italia.

ARTÍCULO 1440

La separación no autorizará á los cónyuges para ejercitar los derechos estipulados en el supuesto de la muerte de uno de ellos, ni los que se le conceden en los artículos 1374 y 1420; pero tampoco les perjudicará para su ejercicio cuando llegue aquel caso, salvo lo dispuesto en el art. 73.

A) *Derechos entre los cónyuges, para cuyo ejercicio no les autoriza la separación de bienes.*—El precepto de este artículo es tan natural, que en todo caso debería sobrentenderse. No huelga, sin embargo, porque algun espíritu suspicaz podría dudar de si, al disolverse por cualquier causa la sociedad de gananciales, debían ó no cumplirse todos los preceptos legales establecidos para la disolución por muerte, procediendo como si ésta hubiera tenido lugar.

El art. 1440 está en evidente relación con el 1429 en la parte dedicada á la disolución de la sociedad por anulacióu del matrimonio.

El artículo que nos ocupa, no sólo afirma que hay efectos peculiares á la disolución por muerte de uno de los cónyuges, sino que establece además que, en general, los derechos que de

esos efectos se derivan, no se pierden á pesar de la separación judicial, sea la que fuere la causa que la hubiera motivado, ni tampoco sólo por consecuencia de la nulidad.

Separa el artículo dos grupos de derechos, los estipulados por las partes para el caso de muerte, y los concedidos bajo el mismo supuesto por la ley.

De un modo irrevocable, en capitulaciones matrimoniales, los cónyuges pueden hacerse donaciones para el caso de muerte, ó cuya ejecución ha de dilatarse hasta esa fecha, ó hasta cumplirse la condición de sobrevivir el uno al otro, ó pueden pactarse otras estipulaciones subordinadas á ese plazo ó condición. Es claro que hasta tanto que no llegue el plazo ó la condición no se cumpla, no puede hacerse efectivo el derecho, y que, por tanto, la separación, como en su caso la nulidad, no autorizan para su ejercicio.

A su vez los arts. 1374, 1420 y 1427, conceden especiales derechos al cónyuge *viudo,*, ya respecto al lecho cuotidiano, ya á las ropas de su uso ordinario, ya á los vestidos de luto. A pesar de la nulidad del matrimonio, ó de la separación de sus bienes, esos derechos tampoco pueden ejercitarse mientras no ocurra el fallecimiento de uno de los cónyuges. Al llegar este caso se cumple lo estipulado precisamente para él, y se verifica la entrega del lecho, de las ropas ó vestidos, si el viudo no ha perdido el derecho á ello.

Lo pierde en el caso del art. 73, núm. 3.º, si el fallecimiento ocurre sin haberse reconciliado los esposos, y lo pierde cuando contrajo de mala fe un matrimonio nulo, sobre cuyo extremo puede consultarse el comentario de los arts. 1429, 1373 y 1378. No se pierde en caso de interdicción civil ó de ausencia.

Estas excepciones se refieren á los derechos estipulados por los cónyuges, ó á donaciones hechas por terceras personas, no á los concedidos por la ley, que al parecer se deben cumplir siempre al llegar su época oportuna, ya que el art. 1440 sólo se refiere al 73, y la interpretación del precepto debe ser restrictiva por su carácter penal. Pero al llegar esa época, ¿es fácil aplicar

el precepto? ¿como se cumple el deber de entregar los vestidos y el lecho cuando transcurre, como es lo ordinario, un largo periodo de tiempo, desde la separación ó la nulidad, hasta la disolución por muerte?

El lecho conyugal, en caso de nulidad ó separación se incluye en el inventario, puesto que ni el art. 1374 ni el 1420 son aplicables, y se adjudicará á uno de los cónyuges que puede ó no ser el viudo después. En su día se entregará, en el estado en que se encuentre, al cónyuge sobreviviente, si no lo tenía y lo reclama. Teniéndolo, solo puede pretender su valor, ya que con arrreglo á dichos artículos, no ha de computársele en pago de su haber.

Respecto á las ropas y vestidos de uso ordinario del cónyuge viudo al tiempo de la muerte de su consorte, puesto que de las que usaba al tiempo de la nulidad ó separación no cabe hablar, solo debe proceder la misma solución, dar á ese cónyuge otro tanto de su valor. La liquidación se hizo ó se debió hacer mucho antes, las ropas y vestidos ha de tenerlos el viudo en su poder puesto que los usa; el precepto legal en la parte referente á que se le entreguen, se cumple por sí solo; pero, para que no se le cuente en pago de su haber, puesto que el premuerto debió recibir íntegro el suyo, no vemos más medio que el abono de su valor.

B) *Códigos extranjeros.*—Los códigos que hemos examinado no contienen el precepto de nuestro art. 1440, sin duda por no estimarlo necesario. Solo el art. 1452 del código francés envuelve la misma idea, en cuanto á los derechos estipulados por los cónyuges.

ARTÍCULO 1441

La administración de los bienes del matrimonio se transferirá á la mujer:

1.º Siempre que sea tutora de su marido, con arreglo al art. 220.

2.º Cuando pida la declaración de ausencia del mismo marido, con arreglo á los arts. 183 y 185.

3.º En el caso del párrafo primero del art. 1436.

Los Tribunales conferirán también la administración á la mujer, con las limitaciones que estimen convenientes, si el marido estuviere prófugo ó declarado rebelde en causa criminal, ó si, hallándose absolutamente impedido para la administración, no hubiere proveído sobre ella.

A) *Administración de los bienes por la mujer durante el matrimonio.*—Los artículos 1441 al 1444 tratan de una materia extraña á los anteriores, aunque relacionada con la de ellos. El epígrafe del capítulo ya lo indica, puesto que advierte se trata de la separación de los bienes de los cónyuges, y de su administración por la mujer durante el matrimonio. Tal vez hubiera sido conveniente tratar de esta materia en capítulo separado, como lo hacen los códigos de Chile y Uruguay.

La relación que existe entre la separación de los bienes del matrimonio, y su administración por la mujer, puede apreciarse bajo dos puntos de vista distintos: Primero, teniendo en cuenta que varias de las causas que pueden motivar la separación, motivan también el hecho de transferirse á la mujer la administración, relación que, como se ve, es puramente accidental y secundaria. Segundo, en cuanto ya administre la mujer en caso de separación, ó sin que ésta medie, sus facultades y sus obligaciones son idénticas, por lo que los arts. 1442 y 1444, son aplicables á una y otra materia, y es esta relación mucho más importante que la primera.

Sin embargo, el Código, en sus arts. 1441 á 1444, prescinde por completo del hecho de que exista ó no la separación de bienes, antes al contrario, legisla en los arts. 1441 y 1443 bajo la base de que no haya tal separación, pues aun sin ella, en los casos que se señalan, la administración de los bienes se transfiere á la mujer, unas veces respecto á todos los bienes del matrimo-

nio, y otras sólo con relación á los que constituyan su dote.

Esto sentado, examinemos el art. 1441, y veamos en qué casos tiene lugar esa transferencia de administración.

El art. 1441 trata de los bienes del matrimonio. Bienes del matrimonio, como vimos en el comentario de los arts. 1435 y 1436, son los de la misma mujer, los gananciales y los privativos del marido.

En el art. 1441 se delinean al parecer dos administraciones distintas por la mujer durante el matrimonio. Una de carácter provisional, nacida de circunstancias transitorias, tales como estar el marido prófugo, y otra de carácter más permanente, resultante de hechos que, lógicamente, deben tener mayor duración; la primera alcanza á todos los bienes del matrimonio, la segunda puede limitarse á bienes determinados y á facultades circunscritas por la autoridad judicial. Así se explica que después de citar tres casos especiales de administración, en párrafo aparte se ocupe la ley de otros distintos, á los que parece conceder menos importancia. Puede ocurrir que las causas consideradas como más permanentes ó fundamentales, duren menos que otras que se miran como transitorias; pero esta consideración no altera legalmente la diferente naturaleza de unas y otras.

B) *Causas que motivan la transferencia de la administración á la mujer.*—Segun el art. 1441, la administración de los bienes del matrimonio, se transfiere á la mujer en los casos siguientes:

1.º *Siempre que sea tutora de su marido con arreglo al artículo 220.*—No hace la ley depender el hecho de transferirse la administración á la mujer, de la incapacidad mental de su marido, sino de la circunstancia de ser ella la tutora, aunque correspondiendo en primer término al cónyuge no separado legalmente la tutela de los locos, dementes y sordo-mudos mayores de edad, es lo natural y probable que en tales circunstancias, ejerza siempre dicha tutela la mujor.

La administración por el marido es imposible, por lo que es lógico que la mujer administre sus propios bienes: á falta de su

esposo nadie con más derecho que la misma propietaria. Los bienes privativos del marido son desde luego administrados por el tutor, que es la misma mujer. En cuanto á los bienes gananciales, son tanto de ella como de su esposo, son de la sociedad, cuyo único representante en condiciones legales para administrar es la misma esposa. Se impone, pues, el precepto del artículo 1441 que estamos examinando.

Si la mujer no quisiera ser tutora en el caso del art. 220, supuesto casi inadmisible, entendemos que el designado como tutor solo administraría los bienes propios del marido, quedando siempre en la esposa la de sus bienes privativos y la de los comunes; la de los primeros en concepto de propietaria, y la de los segundos, como única representante capaz de la sociedad de gananciales. Autoriza esta interpretación en caso muy semejante, indicando claramente el criterio legal, el art. 225.

Puede ocurrir que el marido sea menor de edad, aunque siempre ha de tratarse de locura ó demencia sobrevenida durante el matrimonio. ¿A quien corresponde en tal caso la tutela legítima?

El Código no lo determina, pues si por una parte exige en el artículo 213 para la tutela de los locos ó dementes que estos sean *mayores de edad*, y bajo tal supuesto se defiere al cónyuge esa tutela en el 220, por otra, en sus arts. 200 y 211, solo exige el nombramiento de tutor respecto á los menores de edad, cuando *no se hallen emancipados* legalmente, y entonces defiere la tutela á los abuelos.

Nosotros creemos que en el caso que nos ocupa, la tutela corresponde, en primer término, á la mujer, á quien no se nombra cuando se trata de menores de edad no emancipados, precisamente porque el matrimonio es causa de emancipación, y es por ello imposible que el menor no emancipado tenga mujer. El emancipado se considera mayor de edad, salvo para determinados actos, en que la ley juzga necesario limitar su capacidad, y con este criterio debe interpretarse el art. 213. En todo caso, si el Código en sus artículos 211 y 212, que son los que se ocu-

pan de la tutela de los menores de edad, hubiera previsto el caso de ser ese menor casado, no dudamos que hubiera concedido puesto preferente para su tutela al cónyuge, como que otra solución sería un contrasentido, y llevaría consigo innecesarias complicaciones en la vida de la sociedad conyugal.

La locura ó sordomudez del marido no es causa suficiente para pedir la separación de bienes. La sociedad continúa hasta su disolución por otra causa.

2.° *Cuando la mujer pida la declaración de ausencia del mismo marido, con arreglo á los artículos 183 y 185.*—Salta á la vista la distinta situación á que se refiere este número del art. 1441, de aquella que preve, como causa de la separación de bienes, el art. 1433.

Basta en el art. 1441 que el marido esté ausente en ignorado paradero menos de dos años sin haber dejado persona que administre sus bienes, ó que *pida* la mujer declaración de su ausencia. Es preciso en el art. 1433 que la ausencia esté declarada por sentencia firme. Es evidente, sin embargo, que después de declarada la ausencia, continúa la administración de los bienes del matrimonio en la mujer, ó puede exigirse por ella, pues la situación, como más permanente, la hace aún más necesaria.

En el caso del art. 1441 no existe aún motivo bastante para pedir la separación de bienes. Hasta que ésta proceda y se solicite, ó hasta la disolución por otra causa, la sociedad de gananciales subsiste, y los bienes del matrimonio se administran por la mujer. Es aquí indiferente qne el marido fuese mayor ó menor de edad. El Código, en el art. 183, preve el caso de ser menor el cónyuge á quien corresponde la representación del ausente.

3.° *En el caso del párrafo primero del art. 1436, ó sea por interdicción civil del marido.*—Confirma este precepto lo dispuesto en la regla cuarta del art. 4.° de la ley de 18 de Junio de 1870: «Si el penado estuviese casado y no separado por sentencia de divorcio de su mujer, se encargará ésta de la adminis-

tración de los bienes de la sociedad conyugal. Si la mujer del penado fuere menor de edad, se la proveerá de curador.»

Esta última disposición, así como la de la regla séptima, que facultaba á la mujer mayor de edad, para disponer libremente de los bienes de cualquiera clase de su perterencia, han sido modificadas por los artícules 1442 y 1444 del Código.

Está también en armonía el art. 1441 en esta parte con los artículos 229 y 230 del mismo Código. La tutela de los sujetos á la pena de interdicción civil, corresponde, en primer término, al cónyuge inocente. Véase lo expuesto con relación al caso de locura ó sordomudez.

La separación de bienes puede pedirse también por el cónyuge con arreglo al art. 1433; pero este es un derecho independiente del que se concede en el art. 1441. Aunque la separación no se solicite, la administración de los bienes del matrimonio se transfiere á la mujer.

Aunque con las limitaciones que los tribunales estimen conveniente, se transfiere también la administración de los bienes del matrimonio á la mujer, en los tres casos siguientes:

4.° *Estar el marido prófugo.*—Se consideran prófugos los mozos comprendidos en algún alistamiento que no se presenten personalmente en el acto de la clasificación, á menos de hallarse dispensados de verificarlo con arreglo á la ley, ó que justifiquen la imposibilidad de concurrir.

5.° *Haber sido el marido declarado rebelde en causa criminal.*—Debe ser considerado rebelde el procesado que en el término fijado en las requisitorias no comparece ante la autoridad judicial, ó no es habido y presentado al juez ó tribunal que conoce de la causa.

6.° *Hallarse el marido absolutamente impedido para la administración sin haber proveído sobre ella.*—Alude aquí la ley á todos los casos que puedan presentarse y hagan necesario conferir la administración de los bienes del matrimonio á la mujer, por estar el marido absolutamente imposibilitado para ello, y no

haber nombrado á su misma mujer ó á otra persona para que le represente.

Las causas pueden ser de distinta índole: una enfermedad grave y crónica, los viajes á lejanos países ó en el mar, ó con cambio continuo de residencia, la guerra, sin fácil comunicación entre los esposos, etc. Los tribunales apreciarán en cada caso la causa que se alegue y justifique, inspirándose en un criterio amplio para impedir los perjuicios que deben resultar de las graves dificultades que puedan oponerse á la administración por el marido, no extremando el rigor de las palabras «hallarse *absolutamente* impedido», que emplea el artículo, para no imposibilitar á la mujer la realización de ciertos actos necesarios á la buena administración de la sociedad. Precisamente, atendiendo á las diversas circunstancias que pueden presentarse, se faculta á la autoridad judicial para conferir la administración de los bienes del matrimonio á la mujer, con *las limitaciones que estimen conveniente*.

C) *Limitaciones impuestas por la autoridad judicial*.—Estas limitaciones, sólo aplicables, con arreglo al art. 1441, á los tres casos últimos, son independientes de las legales que procedan, y no pueden en caso alguno contrariar preceptos de carácter general ó especial que deban considerarse pertinentes.

Un respetable autor se lamenta de que el legislador no haya tenido más presente la condición legal de *emancipada* que corresponde á la mujer, y provisto al caso con la simple referencia y aplicación del art. 317, y en vista del último párrafo del 1441, y teniendo en cuenta que en buena hermenéutica, los preceptos *especiales* en los supuestos á que proveen, han de aplicarse con preferencia á los generales, deduce que en primer término han de guardarse las limitaciones impuestas por los tribunales al conferir á la mujer la administración de los bienes del matrimonio, y sólo después aplicarse el precepto del art. 317 como supletorio, en todo lo que los tribunales no hubiesen determinado.

Hay que reducir esta opinión á los únicos justos límites en que puede contenerse. La condición legal de emancipada co-

rresponde, desde luego, á la mujer casada, *si es menor de edad,* y cuando lo sea, ha de cumplirse el precepto del art. 315 en relación con el 59, igual en su esencia al 317, quieran ó no los tribunales, sin que á ello se oponga en lo más mínimo lo dispuesto en el último párrafo del art. 1441, en el que ni por asomo ha pensado el legislador en facultar á los tribunales para derogar los preceptos legales de carácter general ni especial, que en determinadas circunstancias fuesen aplicables.

No preve el art. 1441 el caso de ser menor de edad la mujer, como no preve aquel en que fuese loca ó demente, ó ausente ó imposibilitada. Supone que se trata de una mujer mayor de edad y capaz, y aun así cree que las circunstancias especiales de cada caso, pueden aconsejar que los tribunales impongan determinadas limitaciones, *además* de las generales que procedan, siempre con arreglo á la ley, ó de las especiales para la administración de los bienes del matrimonio por la mujer, consignadas en los artículos 1442 y 1444.

En buena hermenéutica, los preceptos especiales de la ley en los supuestos á que provean, han de aplicarse con preferencia á los generales, pero ha de ser en cuanto la misma ley especial derogue ó modifique lo establecido en la general, no cuando se limite, como en el art. 1441, á conceder á los tribunales ciertas facultades discrecionales amoldadas á las circunstancias, pues en tal caso, la ley no modifica sus propios preceptos generales ni especiales, da al juez facultades para obrar, racionalmente con arreglo á la ley misma y no contra ella, porque para tan exhorbitante privilegio se requería una autorización expresa, que es imposible que en caso alguno conceda el poder legislativo al poder judicial. *En primer término* se respeta la ley, y después, y sin ofensa de ella, lo establecido por los tribunales.

En todos los casos del art. 1441, y sea la causa de carácter más ó menos permanente, se transfiere á la mujer la administración de los bienes; en todo caso ha de cumplir la misma, con arreglo al art. 1442, las obligaciones impuestas al marido cuando administra, y han de observarse, en los actos de enaje-

nación y gravamen, las formalidades del 1444: en todos los casos también ha de aplicarse, si la mujer es menor, el precepto del 315 en relación con el 59. Son límites infranqueables que establece la ley y no puede alterar el juez. Pero sí puede éste exigir algo más, imponer otras limitaciones especiales, ya para que la administración no comprenda todos los bienes del matrimonio, sino sólo los dotales, por ejemplo, como se deduce del art. 1443, ya exigiendo el depósito de valores, ó requiriendo también la autorización judicial para actos determinados que normalmente no necesitan esa formalidad, ó la intervención ó el consentimiento, aun siendo mayor de edad la mujer, de otras personas ó el cumplimiento de determinados requisitos. Este creemos que es el alcance que debe darse al último párrafo del art. 1441, en cuanto á las palabras «con las limitaciones que estimen conveniente».

D) *Cómo se transfiere la administración á la mujer.*—Ahora bien: es evidente que en los tres casos que comprende el repetido último párrafo del citado artículo, la mujer ha de acudir á los tribunales pidiendo se le confiera la administración de los bienes del matrimonio, y los tribunales han de acordarlo así, si lo creen procedente, inscribiéndose en su caso el auto judicial que recaiga en el Registro de la propiedad. Parece bastante que se guarden los trámites legales propios de los actos de jurisdicción voluntaria, puesto que no existe cuestión entre partes conocidas y determinadas.

¿Será igualmente necesaria la intervención judicial para que se transfiera á la mujer la administración de los bienes del matrimonio en los otros tres casos numerados que el art. 1441 comprende? Este artículo en su último párrafo empieza diciendo: «Los Tribunales conferirán *también* la administración». ¿Este *también*, se refiere á la administración ó á los tribunales? ¿Quiere decir el artículo que en los últimos casos como en los anteriores son los tribunales los que han de conferir la administración, ó que la administración se transfiere también á la mujer en los tres últimos casos, pero no por simple ministerio de la

ley, sino precisamente á instancia de parte y por los tribunales?

Para nosotros la palabra *también* no tiene más que esté último alcance. Las circunstancias por otra parte son distintas; pero á pesar de ello cabe preguntar: ¿en los tres casos numerados del art. 1441, se transfiere á la mujer la administración sólo como consecuencia legal de la locura, la ausencia ó la interdicción del marido, ó es preciso que la esposa solicite ese derecho, y lo acuerde la autoridad judicial?

Deben tenerse en cuenta las circunstancias siguientes. Primero, que el hecho de transferirse á la mujer la administración de los bienes del matrimonio, produce una grave perturbación en el régimen económico de la familia, y modifica profundamente la capacidad civil de los esposos. Segundo, que ni la locura del marido, ni su ausencia en ignorado paradero, ni la circunstancia de merecer la pena de interdicción, son por sí solas motivo suficiente ante la ley para que tal perturbación y modificación se produzcan, siendo necesario que los tribunales intervengan, ya declarando la incapacidad del marido, ya justificándose ante ellos la ausencia, ya imponiendo la merecida pena de interdicción. Tercero, que justificadas estas diversas causas, los mismos tribunales confieren á la mujer del ausente su representación y la administración de los bienes á su instancia y con arreglo á la ley, ó el consejo de familia del incapaz ó penado defiere á la mujer la tutela con todas sus consecuencias de administración y representación, tambien con arreglo á la ley. Y cuarto, que operándose la perturbación en las relaciones económicas familiares por virtud de las graves causas expuestas, debidamente justificadas y con arreglo á la ley, y habiendo intervenido en el conocimiento y declaración de esas causas los tribunales, que, además, por sí mismos ó por el consejo de familia que les sustituye en sus funciones, han conferido ya la representación del loco, penado ó ausente, á su mujer, no se observa la necesidad de que nuevamente se reclame esa intervención, para conceder de nuevo al cónyuge lo que ya tiene, lo que ya le per-

tenece, porque así la ley lo dispone, y así los tribunales lo han reconocido.

Téngase presente que, con arreglo á los arts. 220, 187 y 230, la mujer legalmente separada de su marido no puede ser tutora ni representante del mismo, no transfiriéndosele tampoco, por lo tanto, la administración de los bienes del matrimonio.

En el art. 1441 se observa con claridad que la ley separa las tres causas numeradas de las otras que comprende el último párrafo que, por lo mismo, no se numera, y que solo á estas últimas pueden aplicarse las limitaciones que en cada caso estimen los tribunales convenientes.

Sobre las facultades y obligaciones de la mujer cuando administra, véase el comentario del artículo siguiente.

E) *Códigos extranjeros.*—El art. 1302 del código de la República Argentina, se limita á decir que si la mujer que puede pedir la separación de bienes, optase por la continuación de la sociedad, administrará todos los bienes del matrimonio.

Los códigos de Uruguay y Chile tratan en capítulo separado de la administreción extraordinaria de los bienes de la sociedad conyugal.

El art. 1940 del primero de dichos códigos concuerda con el nuestro.

El art. 1758 del segundo dice: «La mujer que en el caso de interdicción civil del marido, ó por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia, hubiere sido nombrada curadora de su marido, ó curadora de sus bienes, tendrá por el mismo hecho la administración de la sociedad conyugal.» Si no quiere tomar sobre sí la administración, puede pedir, según el art. 1762, la separación de bienes.

No encontramos doctrina concordante en los códigos de Venezuela, Méjico y Guatemala.

ARTÍCULO 1442

La mujer en quien recaiga la administración de todos los bienes del matrimonio tendrá, respecto de los mismos, idénticas facultades y responsablidad que el marido cuando la ejerce, pero siempre con sujeción á lo dispuesto en el último párrafo del artículo anterior y en el art. 1444.

A) *Facultades y responsabilidad de la mujer, como administradora de los bienes del matrimonio.*—La mujer en quien recaiga la administración de todos los bienes del matrimonio, puede, por regla general, como dice Goyena, todo lo que podía el marido á quien reemplaza, y tiene las mismas responsabilidades, porque el que tiene derechos ó facultades, tiene también obligaciones ó responsabilidad, y no hay ni puede haber administración sin ella.

Tanto en el caso del párrafo primero del art. 1436, como en todos los expresados en el 1441, recae en la mujer la administración de los bienes del matrimonio, y es aplicable el art. 1442. Debe entenderse lo mismo, como expusimos en su lugar, aun en el caso de estar declarada la ausencia, y, como veremos al comentar el artículo siguiente, cuando la mujer administre sus bienes propios y los gananciales, en caso de prodigalidad de su marido. La ley no se refiere á los casos en que la mujer solo administra sus propios bienes, como en el divorcio, porque en ellos administra en concepto de propietaria. Alcanza, sin embargo, aun á este caso, el precepto del art. 1444.

Sienta el art. 1442 una regla general, fijando de un modo claro y absoluto las facultades y obligaciones de la mujer, cortando, como expresa Goyena, dudas y cuestiones sobre qué actos deban entenderse pura y simplemente administrativos.

¿Cómo administra el marido? El Código lo establece, primero en el art. 59, después en los 1357 al 1363, mas tarde en los 1412 al 1415. Todos estos artículos deben entenderse aplicables, racionalmente, ó sea, en cuanto puedan adaptarse á la diferente

situación que se crea. La aplicación de todos ellos se subordina también á las limitaciones especiales que la misma ley establece para el caso de ser administrados los bienes del matrimonio por la mujer.

Estas especiales limitaciones son dos, una la general del artículo 1444, en cuanto á actos de enajenación ó gravamen de los bienes inmuebles comprendidos en la administración, otra, la derivada del último párrafo del art. 1441, la cual es relativa á los tres especiales casos que en dicho último párrafo se preven.

Supone un respetable escritor jurídico que las palabras del artículo 1442, «siempre con sujeción á lo dispuesto en el último párrafo del artículo anterior, y en el art. 1444», indican que, en todos los casos en que se transfiere la administración de los bienes del matrimonio á la mujor, han de respetarse en primer término las limitaciones que hubiesen creido conveniente imponer los tribunales. No damos tal alcance á la cita ó referencia hecha en el art. 1442. El último párrafo del 1441, como sostuvimos en su comentario, preve casos especialísimos, y sólo sobre ellos legisla, sin que quepa extender sus disposiciones á los otros que el mismo artículo comprende antes, respecto á los cuales no resulta impuesta en dicho artículo esa peculiar limitación. Al referirse el art. 1442 al último párrafo del artículo anterior, ordena evidentemente que se cumpla, pero lógica y racionalmente dentro de su propio círculo siempre, nunca fuera de él. Esto no obsta á que si en el caso de ausencia, aun no declarada, se impusiesen por los tribunales algunas limitaciones á la administración por la mujer, se cumplan también.

Esto supuesto, siempre con arreglo al art. 59, la mujer menor de diez y ocho años, necesita para poder administrar y para comparecer en juicio, el consentimiento de su padre, madre ó tutor, y en ningun caso, hasta que llegue á la mayor edad, puede, sin ese consentimiento, tomar dinero á préstamo, gravar ni enajenar sus bienes raíces, ni comparecer en juicio, guardándose además en este caso el precepto del art. 1444.

Confirman esta doctrina ó tienden á su debido cumplimiento,

el último párrafo del art. 229, para el caso de ser tutora la mujer, y el párrafo segundo del art. 183 relativo á la ausencia.

Sin perjuicio de las expresadas limitaciones, la mujer, mayor de diez y ocho años, administra con iguales facultades y obligaciones que el marido. Es por lo mismo algo más que una simple administradora, pues tiene el derecho de percibir los frutos de los bienes, y los derechos propios de un usufructuario con las limitaciones de los arts. 1358 y siguientes, como respecto al marido ordena el 1357.

Puede además, cuando se trata de bienes gananciales, hacer donaciones moderadas para objetos de piedad ó beneficencia, ó donar ó prometer donaciones á los hijos comunes, para su colocación y carrera, siempre que los bienes sean muebles, ó se cumpla, si fuesen inmuebles, el precepto del art. 1444, y se respeten, en sus especiales casos, las limitaciones que hubiesen impuesto los tribunales. Puede tambien enajenar á título oneroso esos mismos bienes, con las mismas limitaciones, y sin fraude, y obliga con sus actos, cuando no haya habido separación de patrimonios, á la sociedad que representa, cuyos derechos y obligaciones se identifican con los suyos en sus relaciones respecto á terceros.

Debe, en cambio, la mujer, por analogía con lo prevenido en el artículo 1358, constituir hipoteca en garantía de los bienes propios del marido, cuya administración se le haya conferido; debe cumplir todas las cargas de la sociedad de gananciales, mientras subsista, ó las del matrimonio, en caso de separación, como es natural, y lo ordenan los arts. 1434, 1436 y 1443; y responde del deterioro ocasionado por su culpa ó negligencia en los bienes del marido, y del perjuicio que á éste sobrevenga por hacerse algunos créditos incobrables, ó por la realización de actos ilegales ó fraudulentos.

La mujer que administra los bienes del matrimonio, ó los que le hayan correspondido en caso de separación, no necesita obtener para contratar y obligarse, ú obligar á la sociedad cuando subsista, el consentimiento ni licencia de su marido.

El mismo marido, cuando pueda hacerlo, el consejo de familia, cuando sea tutora la mujer, ó el padre, la madre, protutor ó individuos del consejo, por analogía con lo dispuesto en el artículo 1352, exigirán y calificarán la hipoteca que en garantía de la buena administración de los bienes del marido debe constituir la mujer.

Y cuando la sociedad subsista, y en su día se disuelva por muerte de uno de los cónyuges, la mujer ó sus herederos se beneficiarán ó perjudicarán con las consecuencias de la administración, devolviendo el capital del marido, pagando las deudas comunes, y tomando solo lo que resulte, si no resultasen ganancias. Asi como, en caso de separación, á esos mismos herederos ó á la mujer, han de beneficiar las ganancias ulteriores, ó han de perjudicar las pérdidas, como ya expusimos en el comentario de los arts. 1435 y 1436.

B) *Códigos extranjeros.*—El art. 1442 concuerda con los 1941 del código de Uruguay, párrafo primero del 1759 del de Chile, 1399, en su primera parte, del de Venezuela, y 2225 del de Méjico.

Los artículos 1943 del de Uruguay, y 1760 del de Chile, dicen, además: «Todos los actos y contratos de la mujer administradora, que no la estuvieren vedados por el artículo precedente, se mirarán como actos y contratos del marido, y obligarán, en consecuencia, á la sociedad y al marido, salvo en cuanto apareciere ó se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocio personal de la mujer.»

ARTÍCULO 1443

Se transferirá á la mujer la administración de su dote en el caso previsto por el art. 225 y cuando los Tribunales lo ordenaren en virtud de lo dispuesto por el art. 1441; pero quedando sujeta á lo determinado en el párrafo segundo del art. 1434.

A) *Casos en que se transfiere á la mujer la administración de su dote.*—En todos los casos comprendidos en el art. 1441, se trans-

fiere á la mujer la administración de su dote, como parte de los bienes del matrimonio. El art. 1443 debe, pues, referirse únicamente á casos en los que sólo se transfiere la administración de los bienes dotales.

Al efecto, señala, como causas para ello, las tres comprendidas en el último párrafo del art. 1441 y la prodigalidad del marido.

Por estar el marido prófugo, declarado rebelde en causa criminal, ó impedido en absoluto para la administración, pueden los tribunales, á instancia de la mujer, conceder á ésta la administración de su dote, con las limitaciones que estimen convenientes. Si no ha de ser esto una innecesaria repetición de lo dispuesto en el art. 1441, forzoso es deducir que en las especiales circunstancias que se preven, cabe conferir á la mujer la administración de todos los bienes del matrimonio ó sólo la de una de ellos; por ejemplo, los dotales. Nada debemos añadir después del estudio hecho del art. 1442 y del último párrafo del 1441.

Cuando el marido es declarado pródigo, nada más natural que privarle de la administración de la dote, obligándole á restituirla á la mujer. El art. 1443 se halla en esta parte conforme con el núm. 2.º del 1365. También lo está con el 225 que se cita, pero examinando el art. 1443 aisladamente, puede inducir á error.

En efecto, declarado pródigo el marido, ha de nombrársele tutor, y para la designación de éste, la ley prescinde del cónyuge; la mujer, por tanto, no administra los bienes privativos del marido, que debe suponerse han de ser administrados por el tutor, si éste ha de servir para algo, ya que no teniendo facultad alguna sobre la persona del pródigo, si habiendo cónyuge no la tuviese sobre esos bienes, sería inútil su designación ó debería colocarse á ese cónyuge en primer lugar como tutor, en el art. 227. Pero aun concediéndolo así, cosa que no resulta muy clara en el Código, porque no siempre se usa en el mismo sentido la frase «bienes de la sociedad conyugal» empleada en el art. 225, es indudable que, con arreglo á este artículo, la

mujer administra los bienes dotales y parafernales, los de los hijos comunes, y los de la sociedad conyugal, que en el sistema de gananciales han de ser, por lo menos, los bienes gananciales ó comunes.

En armonía con este precepto del art. 225 debió citarse el 1443, si es que evitando dualismos innecesarios en la administración de los bienes del matrimonio, no se juzgaba preferible incluir el caso en el art. 1441, atribuyendo á la mujer la administración de todos los bienes, si de la administración de todos los bienes hubiese sido privado el pródigo por virtud de la sentencia.

Tal vez atendiendo á la naturaleza de esta incapacidad especial, y á lo dispuesto en el art. 221, según el cual, la sentencia que declare la prodigalidad, ha de determinar los actos que quedan prohibidos al incapacitado, y las facultades que haya de ejercer en su nombre el tutor, con ó sin intervención del consejo de familia, el legislador prescinde en el art. 1443 de cuestiones y casos más ó menos dudosos, y se ciñe á lo que siempre debe ser una consecuencia de la declaración de prodigalidad del marido: la privación de la administración de los bienes dotales, y la transferencia de la administración de esos bienes á la mujer.

Termina el art. 1443 recordando el cumplimiento por la mujer de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1434, contribuir en proporción al importe de sus bienes (dotales y parafernales), al sostenimiento de la familia y á la educación de los hijos. Igual deber se ha de imponer al tutor en caso de prodigalidad, cuando administra los bienes privativos del marido.

Cuando la sociedad de gananciales subsiste, la proporción se establece sólo con el importe de los bienes propios de cada cónyuge, pues en los comunes es idéntica la participación de ambos.

Prescinde la ley en los artículos 1441 y 1443 de los bienes parafernales cuando no deben seguir las mismas reglas que los dotales, porque en ellos no existe alteración; la mujer los admi-

nistraba y sigue administrándolos; no hay transferencia de administración.

En caso de *divorcio* por culpa del marido, debe éste perder la administración de los bienes de la mujer con arreglo al número 4.º del art. 73, y la pierde siempre si la mujer lo pide ó solicita la separación, por lo que si ésta se acuerda, ó aun sin ella, si la mujer haciendo uso de su derecho, quiere que se le transfiera la administración de su dote, resultará que este caso debió comprenderse en el art. 1443, siendo un olvido del legislador su falta de inclusión.

De todo lo expuesto, deducimos que en la nueva revisión del Código, debe ser este artículo reformado, poniéndole en armonía con el 225, y los 1436 y 73.

B) *Códigos extranjeros.*— Guardan relación con este artículo el 1418 del código de Italia, 1563 del de Francia y 2306 del de Méjico, todos incluídos en la materia de la dote.

DISPOSICIÓN GENERAL

ARTÍCULO 1444

La mujer no podrá enajenar ni gravar, durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, ni aquellos cuya administración se le haya transferido.

La licencia se otorgará siempre que se justifique la conveniencia ó necesidad de la enajenación.

Cuando ésta se refiera á valores públicos, ó créditos de Empresas y Compañías mercantiles, y no pueda aplazarse sin perjuicio grave ó inminente del caudal administrado, la mujer, con intervención de agente ó corredor, podrá venderlos, consignando en depósito judicial el producto, hasta que recaiga la aprobación del Juez ó Tribunal competente.

El agente ó corredor responderán siempre personalmente de que se haga la consignación ó depósito á que se refiere el párrafo anterior.

A) *Bienes que la mujer no puede enajenar ni gravar, durante el matrimonio, sin licencia judicial.*—El art. 1444 sirve como disposición general á toda la materia del capítulo 6.°, destinado á la separación de bienes entre los cónyuges y á la administración por la mujer durante el matrimonio.

Determina el legislador las formalidades con que en ciertos casos ha de proceder la mujer en la enajenación y gravamen de los bienes que administra con carácter extraordinario, se haya ó no solicitado la separación de patrimonios. La doctrina es importante, y por ello merece el artículo un atento estudio.

I. *Bienes á que se refiere el art. 1444.*—Como el matrimonio subsiste, á pesar de la separación, prescribe el art. 1444, que durante aquel, la mujer no puede enajenar ni gravar, sin licencia judicial, los bienes *inmuebles* que le hayan correspondido en caso de separación, ni *aquellos* cuya administración se le haya transferido.

En caso de separación, corresponde, desde luego, á la mujer su haber completo, ó sea su capital propio, merezca el concepto de dotal ó parafernal, y su parte, ya determinada, de gananciales ó ganancias, y esto en todo caso, ya proceda la separación por causa de ausencia, divorcio ó interdicción. Respecto á estos bienes, la declaración del párrafo primero es terminante: la mujer necesita autorización judicial para enajenar ó gravar los *inmuebles:* no debe necesitar ese requisito ni otro alguno, por ser propietaria, para gravar ó enajenar los no inmuebles (muebles ó semovientes, valores, alhajas, granos, etc.), puesto que no están comprendidos en la prohibición de la ley.

Se trata de bienes que son ya de la exclusiva pertenencia de la mujer, pero que aun deben soportar las cargas del matrimonio; la ley sólo ha creído deber limitar los actos de gravamen ó enajenación cuando afecten á bienes inmuebles.

Ya sabemos que, en caso de separación, la mujer sólo administra los bienes que le hayan correspondido, cuando esa separación se haya decretado á su instancia. No siendo así, sigue administrando los bienes de la mujer el marido con arreglo al

art. 1435. Aun en este caso, la generalidad de expresión del art. 1444, que en esta parte no se refiere á los bienes que administra la mujer, sino á los que le han correspondido en caso de separación, obliga á aplicar su precepto á la mujer, administre ó no. Los bienes son suyos, le han correspondido en virtud de la separación; podrá la mujer, pues, enajenar ó gravar los bienes muebles, guardando, en tal caso, las prescripciones de otros artículos; mas habrá de obtener autorización judicial para enajenar ó gravar los inmuebles, porque así lo dispone el art. 1444.

Aparte de los bienes expresados que hubiesen correspondido á la mujer en caso de separación, puede habérsele transferido la administración de los del marido, mediando la misma separación, cuando ésta se ha solicitado por ella, y la causa fué la interdicción civil, y aun la ausencia, como expusimos en su lugar. Se transfiere también la administración de los bienes del matrimonio á la mujer, sin necesidad de que medie separación, en los casos que el art. 1441 señala, y la de los bienes dotales en los previstos en el 1443, y en el de divorcio por culpa del marido.

En todos estos casos se trata de bienes cuya administración se ha transferido á la mujer, y en todos ellos es, por consiguiente, también aplicable el párrafo primero del art. 1444. Los bienes parafernales están en todo este segundo grupo excluídos; su administración no se ha transferido á la mujer porque ya la tenía con anterioridad.

Desde luego, la mujer no puede tampoco gravar ni enajenar, sin licencia de los tribunales, los bienes inmuebles comprendidos entre aquellos cuya administración se le haya transferido, sean propios del marido ó gananciales, ó dotales en su caso. Pero ¿puede gravar ó enajenar los bienes no inmuebles sin ese requisito?

El art. 1444, en su primer párrafo, no resuelve esta duda en términos completamente satisfactorios. La mujer, dice, no puede enajenar ni gravar los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, ni aquellos cuya administración se le haya transferido. La palabra *aquellos*, lo mismo puede

entenderse que alude á todos los bienes ó á los bienes de cualquier clase del segundo grupo, que sólo á los inmuebles.

El art. 1366 del proyecto de Código de 1851 decía: «La mujer no podrá enajenar ni gravar durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan pertenecido en caso de separación *ó* cuya administración se le haya transferido.» El comentario de Goyena demuestra que en todo caso el artículo sólo exigía licencia judicial respecto á los bienes inmuebles.

Los códigos americanos contienen la misma doctrina. El de Méjico (art. 2226) copia nuestro proyecto de 1851. El de Venezuela (art. 1399), en términos más breves, expresa lo mismo. El art. 1942 del código de Uruguay, preceptúa, en caso de administración extraordinaria por la mujer, lo siguiente: «No podrá, sin autorización especial del juez, previo conocimiento de causa, enajenar ni gravar los bienes *raíces* del marido, los de ella ó los adquiridos durante el matrimonio, ni aceptar, sin beneficio de inventario, una herencia deferida á su marido.»

Igual declaración hacen el art. 1956 del mismo código, y el 1302 del de la República Argentina, para el caso de separación de bienes, añadiendo que no necesita la mujer para acto alguno la licencia de su marido.

En el código de Chile, cuando la mujer administra por extraordinario, puede enajenar libremente los bienes muebles en absoluto, y aun los inmuebles propios y gananciales; sólo necesita licencia judicial para disponer de los bienes *raíces propios del marido* (párrafo segundo del art. 1759).

Si no quiere tomar la administración de los bienes del matrimonio, ha de pedir la separación, y entonces ella administra sólo aquellos que la hubiesen correspondido, y debe pedir autorización del juez para enajenar los inmuebles y para comparecer en juicio. (Art. 1762 en relación con el 159 de dicho código.) Los bienes correspondientes al marido por virtud de la separación, se administran por un curador distinto á la mujer.

Adviértase, sin embargo, que en Chile, los bienes muebles,

en general, procedentes del marido ó de la mujer, ó adquiridos por cualquier título, son gananciales, y que en nuestro proyecto de 1851 y en el código de Méjico, el marido resulta facultado para enajenar libremente los bienes muebles dotales de la mujer, por lo que no es raro que cuando ella administra, se la concedan idénticas facultades sobre los bienes muebles del marido.

Nuestro Código ha copiado, con leves modificaciones, todos los artículos del proyecto de 1851 en la materia de separación de bienes y administración por la mujer. En el art. 1444 ha aumentado los párrafos segundo, tercero y cuarto, y ha sustituído en el primero las palabras «ó cuya administración», por las de «ni aquellos cuya administración». Puede creerse por alguien, con cierto fundamento, que si se ha querido aclarar la idea, se ha conseguido sólo un efecto contraproducente, y si se ha querido modificar el precepto, se ha hecho con tan poca fortuna, que no se ha sabido expresar claramente lo que se quería decir.

El Sr. Sánchez Román plantea y resuelve así esta cuestión:

«Adviértase que no resulta claro el sentido de la palabra *aquellos*, que emplea el primer párrafo del art. 1444, pues precediéndole la frase *bienes inmuebles*, bien pudiera creerse, en una lícita interpretación gramatical, que la necesidad de la licencia judicial para enajenar ó gravar bienes, se establecía tan sólo para los *bienes inmuebles* que á la mujer correspondieran en caso de separación, y para los bienes, también *inmuebles*, cuya administración se le haya transferido; lo mismo que puede entenderse, dada la construcción de dicho párrafo primero, que tal limitación de la necesidad de la licencia judicial para enajenar y gravar, y la palabra *aquellos*, es relativa tan sólo á bienes, sean estos muebles ó inmuebles, los en que se le haya transferido la administración por consecuencia de la separación y á tenor de los artículos 1436, 1441 y 1443.»

«Si prevalece la primera interpretación, toda vez que ambas son lícitas, gramaticalmente, la mujer podrá, por ejemplo, sin licencia judicial ni expediente previo de conveniencia ó necesi-

dad de la enajenación, enajenar ó pignorar los frutos de una cosecha y todos los muebles y semovientes, y en cambio nada de eso, puede hacer, si prevalece la segunda, y se verá imposibilitada de vender una sola fanega de trigo ó un hectólitro de vino.»

«El rigor de la letra autoriza las dos interpretaciones; más el principio legal del art. 1442 de atribuir á la mujer en quien recaiga la administración de los bienes del matrimonio *idénticas* condiciones que al marido cuando la ejerce, si bien siempre con sujeción á lo dispuesto en el art. 1444; lo embarazoso que sería en la práctica extremar la limitación de la capacidad civil de la mujer á quien se hubiera transferido la administración de bienes hasta ese punto; lo costoso y lo dilatorio del procedimiento de la previa licencia judicial y del expediente justificativo de la conveniencia ó necesidad de la enajenación; hasta la misma excepción expresa que dicho art. 1444 contiene en sus párrafos tercero y cuarto, cuando la enajenación se refiera á valores públicos ó créditos de empresas y compañías mercantiles, y aun el mismo rigor del sentido gramatical estricto, sirven á dar manifiesta preferencia en la interpretación de dicho art. 1444 de la palabra *aquellos* á su traducción por bienes *inmuebles*, y no por *bienes* en general, cuya administración se haya transferido á la mujer.»

Navarro Amandi juzga, en cambio, preferible la opinión contraria, precisamente, porque los párrafos tercero y cuarto tratan de bienes muebles, y sólo por excepción, ó en circunstancias extraordinarias, permiten su enajenación sin licencia judicial de momento, pero á reserva de obtenerla después.

No cabe negar la importancia de este argumento, porque aunque el párrafo tercero se refiere sólo á valores públicos ó créditos de empresas y compañías mercantiles, bienes muebles son, y estarían de mas las frases «hasta que recaiga la aprobación del juez ó tribunal competente», si el primer párrafo sólo exigiese ese requisito respecto á los bienes inmuebles.

Pero la fuerza de ese argumento resulta muy atenuada por

la misma generalidad de expresión del precepto: prueba más de lo que se necesitaba probar. Y es que la misma escasa fortuna que ha presidido en la redacción del párrafo primero, acompaña al tercero que nos ocupa, porque en éste no se distingue, y en el primero hay, por lo menos, cierto grupo de bienes, aquellos que han correspondido á la mujer en caso de separación, respecto á los cuales sólo se requiere la autorización judicial cuando sean *inmuebles*. ¿Será que por excepción se impone también ese requisito respecto á valores públicos y créditos de empresas mercantiles? ¿Se refiere sólo el párrafo tercero á los bienes cuya administración se transfiere á la mujer, puesto que en los otros no cabe cuestión?

En la necesidad de resolver el conflicto, optamos por la opinión del Sr. Sánchez Román, con alguna modificación en lo que se refiere á las consecuencias de interpretar el precepto en el sentido en que lo hace.

Examinado el art. 1444 gramaticalmente, es una interpretación propia y natural la que relaciona la palabra *aquellos*, con aquellos bienes únicos de que se ha hablado antes, que son los *inmuebles;* no hay razón para que en la referencia se prescinda de la naturaleza de los bienes, expresada ya con anterioridad.

Es muy verosímil que se temiese que la conjunción *ó* del proyecto de Código de 1851, pudiese inducir á error, creyéndose que los bienes inmuebles correspondientes á la mujer en caso de separación, eran para el legislador los mismos cuya administración no tenía antes y por virtud de la separación misma se le transfirió, ó sea que siempre se trataba de bienes propios de la mujer, y para desvanecer este posible error y aclarar el precepto, marcando bien dos grupos distintos de bienes á los que debía aplicarse la misma regla, se sustituyese la conjunción *ó* por las palabras «ni aquellos» que aparecen en nuestro artículo. Es, en cambio, casi inadmisible, que queriendo el legislador modificar la doctrina, no expresase claramente su pensamiento diciendo: «ni los muebles ó inmuebles», «ni los bienes de cualquier clase», etc., contentándose con la frase ambigua

ni aquellos, que, propiamente, podía entenderse que se refería sólo á los bienes inmuebles.

Además, resulta, entrando en otro orden de consideraciones, que en el segundo grupo, en los bienes cuya administración se transfiere á la mujer, se comprenden, cuando no existe separación, los bienes dotales propios de la mujer, tan propios como los que la hubiesen correspondido en caso de separación, no siendo lógico que en bienes de igual clase y de la misma pertenencia, se estableciese una desigualdad tan grande, exigiendo ó no licencia judicial en la enajenación de los *muebles*, según que la mujer los administre como única representante de la sociedad conyugal ó en virtud de la separación.

Pueden hacerse aquí objeciones aparentemente graves. La mujer, se dirá, no sólo administra sus propios bienes y aun los gananciales, sino también, en varios casos, los propios del marido, medie ó no medie separación; ¿cómo consentir á la mujer, simple administradora al fin, que enajene libremente los bienes muebles de la propiedad de su esposo? ¿Puede la ley consentir en la mujer lo que en el marido no consiente, y precisamente al tratar de limitar las facultades de aquélla, conferirle derecho tan extraordinario, privilegio tan exhorbitante? Se concibe tal doctrina en el proyecto de 1851 y en el código de Méjico, y en los de Chile y Uruguay, porque en ellos, el marido dispone libremente de todos los bienes muebles, y no es raro que se concedan á la mujer idénticas facultades. Se concibe también la doctrina de los códigos de Venezuela y República Argentina, porque sólo se refieren á los bienes de la mujer misma y al caso de separación. No es concebible en un código como el nuestro, que en sus artículos 1359 y 1361, limita los derechos del marido, no consintiéndole la libre enajenación de los bienes muebles de la mujer, y en sus artículos 1436 y 1441, le confiere á ésta la administración de los bienes del matrimonio, y entre ellos, de los pertenecientes al marido.

No se dirá que no extremamos el argumento, sacando de él todas sus naturales consecuencias, aun con relación á los códi-

gos extranjeros. Pues bien: ese argumento, aparentemente tan fuerte, se desvanece con facilidad, porque se funda en un terreno movedizo, en una base que no es cierta, no pudiendo por lo mismo subsistir.

El art. 1444 en su párrafo primero *dice* que la mujer necesita licencia judicial para enajenar y gravar los bienes *inmuebles* que administra, sean propios, ajenos ó comunes, y haya mediado ó no separación. *No dice* que pueda enajenar libremente sus bienes *muebles*, ni los del marido, ni en su caso los gananciales. Y no diciendo esto, que es lo que *á sensu contrario* quiere deducirse, ni ofende los derechos del marido, ni confiere exhorbitantes atribuciones á la mujer, ni puede presentarse nuestro Código como una nota disonante entre los de las demás naciones.

En todo lo que el art. 1444 no determina, rige el precepto del 1442. La mujer en quien recaiga la administración, tiene idénticas facultades y responsabilidad que el marido cuando la ejerce. Lo que el marido podía hacer administrando sus bienes ó los de su mujer, ó los gananciales, lo puede hacer ella cuando administra los bienes gananciales, ó los suyos propios, ó los del marido. Lo que no podía hacer el marido, no puede hacerlo la mujer; luego si él no puede vender libremente los bienes muebles pertenecientes á su esposa, ella tempoco puede tener tal facultad respecto á los bienes muebles de su marido. Esta es la regla general y esta es la aplicable en cuanto no aparezca expresa y especialmente modificada por el art. 1444, ó por otros que prevean casos especialísimos.

Como esa regla es clara, y el párrafo primero de dicho artículo 1444, que es el fundamental en la materia, no debe tener otra interpretación que la que le hemos dado, lo dispuesto en el párrafo tercero no puede merecer más alcance que el de una excepción: los valores públicos y créditos de empresas y compañías mercantiles, tampoco deben ser enajenados sin licencia judicial, salvo casos de urgencia, ó dentro de los límites que ese mismo párrafo determina.

Otra interpretación conduce además al absurdo de dar á la

excepción del art. 1444 una extensión mayor que á la regla general, pues si la mujer no ha de poder disponer en forma alguna de ninguna clase de bienes, ya sean propios ó gananciales ó del marido, sin licencia judicial, resulta casi irrisorio anunciar solemnemente que sus facultades son idénticas á las de su marido cuando ejerce la administración, porque estarían de más para ella el art. 1359 y los 1413 á 1415, y todas sus facultades quedarían reducidas á percibir los frutos de los bienes, para cumplir con ellos las cargas del matrimonio ó las de la sociedad. Dueña de sus bienes sin poder disponer de ellos, administradora de una sociedad, sin facultad de hacer nada importante, á no sufrir gastos y molestias y dilaciones motivadas por la obligada intervención judicial, no podía ser. Valdría más negarle todo derecho de administración, declarar sin rodeos que la mujer casada mayor de edad, es un ser diferente á la soltera ó viuda, que lleva siempre impreso el estigma de la incapacidad.

Presentamos la solución defendida, como la que nos parece más conforme al texto legal, y la más simpática. No desconocemos por ello los fuertes argumentos con que puede también sostenerse la opinión contraria, derivados, ya de lo expuesto, ya de otros artículos, como el 225 y última parte del 188. El legislador ha querido establecer una regla general y única para multitud de casos diferentes, cuyas relaciones son muy complejas, y no es raro que al hacerlo, haya olvidado otras reglas especiales que para alguno de esos casos había establecido en otro lugar.

Entre estos preceptos especiales, aun dada nuestra interpretación, y mucho más si se admite la opinión contraria, resalta (no hay más remedio que confesarlo), la poca armonía que existe entre lo dispuesto por el art. 1444, y lo *prescrito en la primera parte* del 188.

«La mujer del ausente, dice este artículo, si fuere mayor de edad, podrá disponer *libremente de los bienes de cualquier clase* que le pertenezcan». El texto es demasiado claro y expresivo para que pueda intentarse su limitación: libremente, sin trabas ni for-

malidades de ninguna especie, en cuanto á los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan, muebles ó inmuebles, dotales ó parafernales, y ésto aun sin mediar separación.

Se impone escoger entre la aplicación de uno ú otro artículo, y la elección no puede ser dudosa. El art. 1444, por lo menos exije la licencia judicial para la enajenación ó gravamen de los bienes *inmuebles* del matrimonio en todos los casos en que la mujer los administra. Por muy especial que sea su precepto, se refiere á muchas situaciones diversas nacidas de distintas causas, mientras que el 188 es especialísimo para una causa determinada, la ausencia, y para un caso particularísimo, la facultad de disponer la mujer de sus bienes propios cuando los administra. El artículo 188 debe, pues, aplicarse con preferencia al 1444; así pueden subsistir los dos; de otro modo, el primero quedaría anulado.

II. *Enajenación y gravamen de bienes inmuebles.*—Apliquemos ahora la doctrina del art. 1444 respecto á bienes inmuebles.

Sobre lo que debe entenderse por actos de enajenación y gravamen de bienes inmuebles, nos referimos al comentario del artículo 1361.

La autorización judicial no supone una mera formalidad, ni una concesión caprichosa. El párrafo segundo del art. 1444 dice que la licencia se otorgará siempre que se justifique la conveniencia ó necesidad de la enajenación, ó del gravamen en su caso.

La autorización debe solicitarla la mujer, siguiéndose los trámites marcados para la enajenación de bienes de menores ó incapacitados en los arts. 2011 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil. Obtenida la autorización, no es necesario el requisito de la subasta pública, puesto que el Código solo exije que se justifique la conveniencia ó la necesidad.

Si la mujer es menor de diez y ocho años, obrarán en su nombre su padre, madre ó tutor con arreglo al art. 1442 en relación con el 59, y si es mayor de diez y ocho años y menor de veinte y tres, debe entenderse que, además de la licencia judicial, se requiere el consentimiento de las personas expresadas.

El padre, la madre ó el tutor pueden ser oidos, y deben serlo, en sustitución de las personas designadas en el art. 205 de la ley Hipotecaria á que alude el 2015 de la de Enjuiciamiento civil.

El art. 1444 establece una regla general. Tratándose de actos de enajenación ó gravamen de bienes inmuebles, es único requisito común la licencia judicial, ya se trate, en caso de separación, de bienes propios de la mujer, ó bienes propios del marido, y al no mediar separación, de bienes privativos de uno ú otro cónyuge ó bienes gananciales, y ya proceda la separación ó la transferencia del derecho de administrar, de interdicción civil, ausencia, divorcio, locura ó prodigalidad del marido, ó de estar prófugo, ser rebelde en causa criminal, ó hallarse impedido. En estos últimos casos deben además tenerse presentes las limitaciones que hubiesen impuesto los tribunales al conferir la administración.

Constituye en su caso una excepción lo dispuesto en la primera parte del art. 188.

En los casos en que es la mujer tutora de su marido, ¿deberá sustituir el consejo de familia á la autoridad judicial? A nuestro juicio, no tiene esta duda la importancia ni la dificil solución que algunos le atribuyen. Creemos que debe resolverse en sentido negativo, conforme á las disposiciones del Código.

Entre los varios casos en que la administración de los bienes del matrimonio puede transferirse á la mujer, el art. 1441 señala en primer lugar, «siempre que sea tutora de su marido, con arreglo al art. 220», y también al 230 que á él se refiere. Este es el único caso en que puede ocurrir la duda antes indicada, pues en los demás no hay consejo de familia, y por consiguiente no puede suscitarse dicha cuestión.

La mujer solo puede ser tutora de su marido en los casos de locura ó sordomudez, y de interdicción civil. En estos casos la administración de la tutela tiene que sujetarse á las reglas para ella establecidas, y por consiguiente necesitará la tutora autorización del consejo de familia para enajenar ó gravar bienes

que constituyan el capital del marido incapacitado, conforme á lo prevenido en el núm. 5.º del art. 269.

Pero el legislador, que no había olvidado ese precepto, como se deduce del núm. 1.º del art. 1441, ordena después en el 1444 que la mujer no podrá enajenar ni gravar, durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, ni los de la misma clase cuya administración se le haya transferido. De suerte que quedan comprendidos en esta disposión los casos en que la mujer sea tutora de su marido, y por consiguiente, para vender ó gravar bienes del marido ó de la sociedad conyugal, tiene que pedir y obtener, primero, como tutora, la autorización del consejo de familia, y después la licencia judicial.

Podrán tacharse estas disposiciones de exceso de celo ó de precaución para evitar abusos en los bienes del marido que esté sujeto á tutela; pero esto no es razón para faltar á lo que ordena la ley expresamente, y como las dos autorizaciones son practicables é independientes entre sí, y no existe contradicción entre ellas, ambas pueden y deben cumplirse sin ninguna dificultad.

III. *Enajenación y gravamen de bienes muebles.*—Con relación á bienes muebles, el art. 1444 sólo legisla cuando se trata de valores públicos ó créditos de sociedades ó empresas mercantiles, de los que nos ocuparemos después.

Respecto á todos los demás bienes muebles, dicho artículo, dada la interpretación que hemos aceptado, nada dice: hay que acudir, como dijimos, al art. 1442, en el que se contiene la regla general, ó á otros artículos especiales en casos determinados.

Los bienes muebles que la mujer administra, ó son suyos, ó de su esposo, ó gananciales.

1.º *Bienes muebles propios de la mujer.*—Ya le hayan correspondido en caso de separación, ya sin mediar ésta, los administre por cualquier causa, ella es la propietaria. Como tal, y teniendo además en cuenta que cuando el marido administra lo suyo, dispone de ello con libertad, no necesita la mujer cumplir

formalidad alguna para gravar ó enajenar los bienes muebles de su patrimonio.

El art. 188, párrafo primero, expresamente reconoce esta facultad á la mujer del ausente, conformándose con la doctrina del 1442.

En caso de ser la mujer menor de edad ha de aplicarse el art. 59.

No necesita la licencia del marido, aun siendo posible obtenerla, como ocurre en caso de divorcio ó prodigalidad, porque administra con iguales facultades que el marido, según el artículo 1442, y el marido no necesita, respecto á sus propios bienes, la licencia de nadie.

La mujer casada que obtiene el divorcio como cónyuge inocente, declara la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Enero de 1899, no necesita la intervención ni licencia del marido para la venta de sus bienes.

Ha de considerarse, como excepcional en la materia, el precepto del art. 225. En efecto, según éste, la mujer administra sus bienes dotales y parafernales y los de la sociedad conyugal, pero necesita para enajenarlos autorización judicial. Aquí la ley no distingue, por lo que el precepto ha de aplicarse, tanto á los bienes inmuebles, como á los muebles. Por muy especial que sea el art. 1442 para el caso de administración por la mujer, más especial es aun, en el punto que examinamos, el 225, que precisamente trata de la administración por la mujer de sus bienes dotales y parafernales, en caso de prodigalidad. La ley se limita aquí á sustituir, tal vez sin necesidad, la licencia del marido por la licencia del juez.

Si prevaleciese la opinión contraria á la que hemos aceptado, regiría la doctrina expuesta en caso de separación; más no mediando ésta, la mujer necesitaría para todo acto de enajenación ó gravamen de sus bienes muebles dotales, la licencia judicial.

2.º *Bienes gananciales.*—No existen ya estos bienes cuando se ha disuelto la sociedad por separación judicial de patrimo-

nios. Por lo mismo, á ellos afecta principalmente la diversa interpretación que puede darse al párrafo primero del art. 1444, y como consecuencia, la mayor ó menor extensión que deba merecer el 1442, quedando, como regla general, ó reducido á una simple declaración de percibir los frutos de todos los bienes la mujer.

En nuestra opinión, para conocer las facultades de la mujer sobre los bienes muebles gananciales, cuando los administra como jefe y representante de la sociedad conyugal, basta repasar el comentario de los artículos 1412 al 1415, sustituyendo la palabra *marido* en todos ellos por la de *mujer* y viceversa, y añadiendo, cuando de bienes inmuebles ó valores públicos se trate, la limitación del 1444, ó en su caso, las impuestas por los tribunales con arreglo al último párrafo del art. 1441, ú otras especiales que resulten de determinados artículos de aplicación preferente al 1442.

En caso de locura ó interdicción civil del marido, la mujer será su tutora. Esto no obsta á las facultades de la mujer, como no obsta á las del marido cuando es tutor de su esposa. Esta, como jefe y representante de la sociedad y administradora del caudal común, puede enajenar y gravar libremente los bienes muebles gananciales, sin que haya de intervenir el consejo de familia. Sólo puede donar con sujeción al art. 1415, y en los actos á título oneroso no puede perjudicar al marido, si los hiciese con fraude ó en contravención á los preceptos del Código, debiendo velar por los intereses del incapacitado el consejo de familia y el protutor.

Como artículos especialísimos de preferente aplicación al 1442, pueden señalarse el 225 para el caso de prodigalidad, y el 188 con relación á la ausencia.

Del primero nos hemos ocupado anteriormente.

En cuanto al 188, expresamente determina, que la mujer del ausente no puede enajenar, permutar ni hipotecar los bienes (muebles ó inmuebles) de la sociedad conyugal, sin autorización de los tribunales. Media aquí la misma razón que respec-

to al art. 225. El art. 1442 señala las facultades que, en general, corresponden á la mujer casada cuando administra los bienes del matrimonio ó una parte de ellos; pero el 188 es más especial: legisla exclusivamente para el caso de ausencia, y dentro de él para cuando la mujer del ausente administre los bienes de la sociedad y enajene, permute ó hipoteque (respetemos los términos empleados) dichos bienes.

3.° *Bienes propios del marido.*—Estos bienes no son administrados por la mujer en los casos de divorcio ó prodigalidad.

Por lo demás, haya mediado ó no separación, las facultades de la mujer sobre los bienes propios del marido han de ser limitadas, y así como el marido no puede enajenar por sí solo los bienes privativos de su esposa, tampoco puede corresponder á ella tal derecho sobre los bienes de su cónyuge. Pero el consentimiento de éste no puede obtenerse, ni en caso de locura, ni en caso de ausencia, ni de interdicción civil, ni por regla general, en los demás que expresa el art. 1441. Ese consentimiento ha de ser suplido ó por el consejo de familia ó por la autoridad judicial.

Cuando el marido está prófugo, haya sido declarado rebelde en causa criminal ó se halle absolutamente impedido para administrar, los tribunales impondrán á la mujer las limitaciones que estimen convenientes, y una de ellas ha de ser, porque otra cosa no se concibe, tratándose de bienes propios del marido, la necesidad de obtener licencia judicial para todo acto de enajenación ó de gravamen. Ese mismo requisito se impone en caso de ausencia, con arreglo al art. 188.

Por último, cuando la mujer sea tutora, se impone el cumplimiento de los artículos 269 y siguientes. Aquí los preceptos relativos á la tutela no se hallan contradichos por el art. 1442 ni por el 1444. En los casos de locura ó interdicción civil de la mujer y ser el marido tutor, sus facultades y obligaciones serían las mismas; para todo acto de enajenación ó gravamen de bienes propios de la mujer, necesitaría la intervención del consejo de familia.

Lo mismo en este caso que en el anterior, esto es, ya se tratase de bienes gananciales ó propios del marido, muebles ó inmuebles, la mujer necesitará además autorización judicial para enajenar y gravar con arreglo al párrafo primero del art. 1444.

B) *Excepciones.*—En caso de ausencia, y tratándose de bienes propios de la mujer, administrados por ella, la regla es la de la primera parte del art. 188.

En este mismo caso, tratándose de bienes gananciales ó propios del marido, y en todos los demás, ya se trate de bienes propios ó ajenos, cuando se enajenen valores públicos, ó créditos de empresas ó compañías mercantiles, deben aplicarse los párrafos tercero y cuarto del art. 1444, en cuyo estudio no nos detenemos, por creerlos suficientemente claros y expresivos.

Si después de hecha la venta ó enajenación, el juez estimare que no había sido necesaria ni conveniente, la venta no se anulará si se observaron en ella las formalidades debidas; pero el juez dispondrá el depósito, señalando su precisa inversión (nuevo depósito, compra de otros valores análogos, etc).

Véase el comentario de los arts. 1355 y 1359.

De notar es que el art. 1444, en su párrafo tercero, solo habla de venta, y solo alude á los expresados valores y créditos, á pesar de que esta clase de bienes no existen siempre, y de que la misma urgencia y peligro puede á veces existir tratándose de granos, ganado ú otros bienes, cuya venta sea necesaria de momento, ó porque respecto á éstos no se impone ni pensó imponerse la licencia judicial, ó porque sólo se atiende á la garantía que puede prestar la intervención de agente ó corredor, y á la naturaleza especial de los valores y créditos de que se trata.

En el art. 1444, se observa además una omisión. Ya hemos hecho notar que en el grupo de bienes cuya administración se *transfiere* á la mujer, no pueden comprenderse los parafernales que administraba con anterioridad. ¿Podrá enajenar y gravar aun los inmuebles sin licencia judicial? El art. 188, párrafo primero, concede á la mujer ese derecho en caso de ausencia. El 225,

en cambio, exije la intervención del juez. En los demás casos, el legislador nada dice. En el espíritu del precepto del art. 1444, sin embargo, vemos claramente que los actos de enajenación y gravamen de bienes *inmuebles*, propios de la mujer, dotales ó parafernales, requieren la autorización judicial, la cual en el estado de separación sustituye desde luego á la licencia del marido, y cuando no media la separación y administra sus bienes la mujer, debe también sustituirla. Pero como el espíritu del artículo 1444 en esta parte, viene á contradecir la regla general consignada en el 1442, necesario es consignar sobre el particular una disposición clara que evite toda duda.

C) *Códigos extranjeros*.—Véase lo que, con referencia á ellos, hemos expuesto anteriormente en este mismo comentario.

FIN DEL TOMO NOVENO

INDICE DEL TOMO NOVENO

LIBRO CUARTO

De las obligaciones y contratos.

(Continuación.)

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

FIN DEL ÍNDICE